



*Serie Investigación*

# EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA PERSECUCIÓN DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO

---

Álvaro Vargas  
Renato Vargas Lozano



EL LAVADO DE ACTIVOS  
Y LA PERSECUCIÓN DE  
BIENES DE ORIGEN  
ILÍCITO

Recuperar los bienes de origen ilícito e impedir su reinversión en delitos futuros es uno de los principales objetivos de las autoridades nacionales en la actualidad y, en ese contexto, la sanción del lavado de activos cobra una especial relevancia. Sin embargo, pese a la atención que recibe, el lavado de activos no es la única herramienta para evitar el aprovechamiento del producto de los delitos o la financiación de nuevas conductas criminales y, quizás, tampoco es la más importante; además, su investigación plantea una serie de dificultades asociadas al carácter cada vez más sofisticado de la criminalidad que la realiza—organizada y transnacional— y de los medios empleados para llevarla a cabo.

Las cuestiones señaladas explican la inclusión de los trabajos sobre la receptación, el comiso y las nuevas formas de investigación que acompañan a los escritos dedicados al delito de lavado de activos en los derechos colombiano y comparado, al tiempo que justifican sobradamente la pertinencia y la utilidad de la presente obra colectiva, elaborada por expertos nacionales e internacionales con el objetivo de contribuir al desarrollo de esta normativa, mediante su examen crítico en clave político criminal y dogmática.



Fondo de Publicaciones  
Universidad Sergio Arboleda



9 789588 987415

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**

Calle 18 No. 14A-18. Tels: (575) 420 3838 - 420 2651. Santa Marta  
Carrera 15 No. 74-40. Tels: (571) 325 7500 ext. 2131 - 322 0538. Bogotá, D.C.  
Calle 58 No. 68-91. Tel.: (575) 368 9417. Barranquilla  
[www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

# EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA PERSECUCIÓN DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO



# EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA PERSECUCIÓN DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO

Compiladores

ÁLVARO VARGAS  
RENATO VARGAS LOZANO



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA

Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas  
“Emiro Sandoval Huertas”

Bogotá. Colombia  
2017

El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito / compiladores Álvaro Vargas, Renato Vargas Lozano – Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, 2017.

202 p.

ISBN: 978-958-8987-41-5 (Rústico)

1. LAVADO DE DINERO 2. DELITOS ECONÓMICOS 3. EXPROPIACIÓN 4. DERECHO PENAL I. Vargas, Álvaro, comp. II. Vargas Lozano, Renato, comp. III. Título

364.168 ed. 21

## EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA PERSECUCIÓN DE BIENES DE ORIGEN ILÍCITO

ISBN: 978-958-8987-41-5 (Rústico)

ISBN: 978-958-8987-42-2 (Digital)

© Álvaro Vargas

© Renato Vargas Lozano

Edición: abril de 2017

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito de la Universidad Sergio Arboleda. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Calle 74 No. 14-14. Teléfono: (571) 325 7500 ext. 2131/2260

[www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co)

Bogotá, D.C.

Directora de Publicaciones Científicas: Yadira Caballero Quintero

[yadira.caballero@usa.edu.co](mailto:yadira.caballero@usa.edu.co)

Edición realizada por: Yadira Caballero Quintero, Carlos Andrés Caho Rodríguez

Director del Fondo de Publicaciones: Jaime Arturo Barahona Caicedo

[jaime.barahona@usa.edu.co](mailto:jaime.barahona@usa.edu.co)

Diseño carátula y diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez

Impresión: Digiprint

Bogotá, D.C.

A la memoria de nuestro querido amigo,  
Ariel Ortiz Correa





# CONTENIDO

## PRESENTACIÓN

<i>Álvaro vargas y Renato Vargas Lozano</i> .....	11
---	----

## Capítulo 1

### EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN COLOMBIA

<i>Renato Vargas Lozano y Carmen E. Ruiz López</i> .....	15
Introducción .....	15
El lavado de activos en la legislación penal colombiana .....	17
Los antecedentes y la regulación actual. ....	17
Los elementos objetivos.....	21
El bien jurídico penal tutelado y el sujeto pasivo del delito.....	21
El sujeto activo. ....	24
Los verbos rectores.....	27
El objeto.....	31
El dolo y los elementos subjetivos distintos del dolo. ....	35
Las penas. ....	37
La privatización de la lucha contra el lavado de activos y su reflejo en Colombia. ....	37
Conclusiones.....	40
Referencias. ....	42

## Capítulo 2

### PERSPECTIVA DOGMÁTICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL SISTEMA PENAL BRASILEIRO

<i>Romulo Rhemo Palitot Braga y Arthur Heinsteín Apolinário Souto</i> .....	49
Introducción .....	49
Accesoriedad y autonomía del delito de lavado de dinero .....	50
Sujetos del delito de lavado de dinero .....	54
Objeto material del delito de lavado de dinero.....	58
Conductas típicas del delito de lavado de dinero.....	59
Consideraciones finales.....	61
Referencias .....	62

## Capítulo 3

### BLANQUEO, ¿QUÉ ES BLANQUEO?

<i>Caty Vidales Rodríguez</i> .....	65
Introducción .....	65
El blanqueo en los textos normativos internacionales.....	69
El blanqueo de capitales en la legislación penal española.....	72
Evolución histórica. ....	72
La reforma operada mediante la Ley Orgánica 5 de 2010, del 22 de junio.....	74
La posesión y utilización de bienes procedentes de una actividad delictiva como actos de blanqueo. ....	74
El autor de la actividad delictiva que origina los bienes como posible autor de un delito de blanqueo.....	79

Consideraciones finales.....	84
Referencias .....	89

#### Capítulo 4

##### **LAVADO DE ACTIVOS Y RECEPTACIÓN: ¿UNA DISTINCIÓN ARTIFICIOSA?**

<i>Renato Vargas Lozano y Alvaro Vargas.....</i>	95
Introducción.....	95
La sanción penal del lavado de activos y su legitimidad .....	98
El lavado de activos y la receptación.....	98
¿Una diferencia justificada?.....	100
La protección de un bien jurídico penal diferente: ¿cuál y por qué? .....	104
El orden económico como bien jurídico penal protegido.....	105
La administración de justicia o los bienes jurídicos penales protegidos mediante los delitos previos. ....	108
¿‘Autorreceptación’ no, pero ‘autoblanqueo’ sí? .....	110
La obligación de sancionar el ‘autoblanqueo’ y la insuficiencia de la receptación frente a los compromisos internacionales. ....	112
La autonomía del lavado de activos frente a la receptación.....	113
La inexistencia de una prohibición legal expresa de castigar el ‘autoblanqueo’ .....	114
La gravedad de las penas previstas para el lavado .....	116
Conclusiones.....	117
Referencias .....	119

#### Capítulo 5

##### **DECOMISO: DENOMINADOR COMÚN DE LA LUCHA EFICAZ CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES, LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN LA UNIÓN EUROPEA .....**

<i>Teresa Aguado Correa .....</i>	125
Introducción.....	125
Blanqueo de capitales, delincuencia organizada y financiación del terrorismo.....	129
Marco jurídico del decomiso y del embargo en la Unión Europea. ....	133
Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea .....	135
Objeto y ámbito de aplicación.....	135
Definiciones previstas en la Directiva 2014/42/UE.....	139
Modalidades de decomiso en la Directiva 2014/42/UE.....	143
Decomiso basado en condena. ....	144
Decomiso no basado en condena. ....	145
Decomiso ampliado. ....	147
Decomiso de bienes de terceros.....	151
Decomiso y ejecución efectivos. ....	154
Regulación del embargo en la Directiva 2014/42/UE .....	156
Embargo.....	156
Administración de bienes embargados preventivamente y decomisados.....	160
Referencias .....	163

#### Capítulo 6

##### **LA LUCHA PROCESAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS**

<i>Andrea Planchadell Gargallo .....</i>	169
Introducción.....	169
Particularidades en la fase de investigación. Especial referencia a ciertas actuaciones.....	171
Consideraciones previas. ....	171
Breve referencia a ciertas “técnicas de investigación”.....	175
Infiltración y agente encubierto. ....	175
El confidente.....	180

## Contenido

Colaboradores con la justicia (el “arrepentido”).....	180
Entrega vigilada.....	182
Nuevos medios de investigación .....	182
Las funciones de control otorgadas al Ministerio Fiscal español en el Real Decreto 304/2014, del 5 de mayo.....	185
Las especialidades en materia de medidas cautelares. Especial referencia al embargo .....	186
Aspectos probatorios.....	190
La relevancia de la cooperación judicial internacional.....	195
Referencias .....	196



## PRESENTACIÓN

**A** tono con las directrices provenientes de los organismos internacionales, en los últimos tiempos, las autoridades nacionales han centrado su atención en la recuperación de los activos derivados de la realización de conductas delictivas y han convertido dicho objetivo en uno de los ejes fundamentales de su política criminal.

Lo anterior, pues se ha entendido que evitar el aprovechamiento de los bienes de origen ilícito tiene un doble efecto preventivo: en primer lugar, disuade a los eventuales delincuentes de cometer delitos futuros, en tanto no podrán disfrutar del producto de sus crímenes y, en segundo lugar, evita la reinversión de esos capitales en ulteriores conductas punibles. Se trata, en síntesis, de ‘perseguir’ las ganancias ilícitas, negando su goce, y de ‘bloquear’ los medios de financiación de los criminales.

En procura de lo anterior, se ha diseñado una estrategia integrada por diversos mecanismos, que, por cuanto interesa a esta presentación, se erige sobre dos pilares: de una parte, la imposición de sanciones penales a quienes, por ejemplo, realizan comportamientos para legalizar, encubrir u ocultar dichos bienes o su origen y, de otra, la adopción de medidas que afectan directamente a los aludidos bienes, por estar encaminadas a extinguir el derecho de dominio sobre los mismos. Tratándose de lo primero, el eje es el delito de lavado de activos y, respecto de lo segundo, los pilares son el comiso y la extinción del derecho de dominio.

En Colombia, esta política criminal se ha enfocado, sobre todo, en el lavado de activos; en menor medida, en

la extinción de dominio y, casi nada, en el comiso. El protagonismo concedido al blanqueo de capitales en este contexto justifica, precisamente, la publicación que se pone a disposición del público y con la cual se pretende suministrar a los interesados en estos temas una guía introductoria que, al hilo de facilitar la aproximación político criminal y dogmática a dicho delito, permita hacer una revisión crítica de su consagración legal, sin descuidar, obviamente, la necesaria alusión al derecho comparado, con el cual, merced al efecto unificador de la normatividad internacional en esta materia, se comparten experiencias sobre problemas comunes y posibles soluciones.

Además, conviene tener presente que el lavado de activos es una pieza más dentro del esquema de persecución de bienes de origen ilícito, que, dicho sea de paso, se regularizan valiéndose de la generalidad de los sectores de la economía y no solo del financiero. Por ello, no se desaprovecha la ocasión para insistir en que el delito aludido no es la única herramienta a disposición de las autoridades –quizás, ni siquiera, la más importante–, y que su investigación propone una serie de dificultades asociadas al carácter cada vez más sofisticado de la criminalidad que la realiza –organizada y transnacional– y de los medios empleados para llevarla a cabo.

En tal virtud, esta obra colectiva está integrada por seis contribuciones que pueden agruparse, básicamente, en torno a tres grupos temáticos, el primero de los cuales gravita alrededor del lavado de activos e incluye, en adición al obligado análisis del referido delito en el ordenamiento jurídico colombiano, dos trabajos más que se ocupan, en clave comparada, de examinar esta misma figura en los derechos brasileiro y español.

El segundo está integrado por dos escritos, referidos a un par de figuras que, por lo menos en Colombia, se suman al conjunto de herramientas e instrumentos legales que desarrollan la política criminal mencionada arriba; así, mientras el uno está dedicado a la conducta punible de receptación, emparentada de modo indiscutible con la de lavado de activos y cuya coexistencia en el Código Penal colombiano justifica, por ende, identificar y analizar los puntos de (des)encuentro entre ambos delitos, el otro hace referencia al comiso, figura caracterizada por afectar directamente los bienes de origen ilícito y que ha permanecido a la sombra del lavado de activos y de la extinción de dominio.

Finalmente, el tercero y último se propone como un puente entre la reflexión teórica sobre el blanqueo de capitales y el aspecto mucho más práctico de su juzgamiento. Se trata, sin perder el nivel de abstracción propio de las elaboraciones académicas, de explicar algunas de las estrategias –en buena medida novedosas– que se han propuesto para superar los retos conaturales a la investigación de este tipo de delincuencia y que, si bien tienen por cometido ayudar a la eficacia de los procesos penales respectivos, no están libres de interrogantes ni pueden estar exentas de un adecuado control.

Añádase, en fin, a lo ya dicho, que la totalidad de las colaboraciones reunidas en esta publicación se desarrollan en dos momentos –o niveles–, dedicados tanto a la descripción de los distintos tópicos abordados como a la valoración crítica de las respectivas cuestiones propuestas. De ahí que el resultado final sea una obra útil para los académicos y los estudiosos, en sus diferentes etapas de formación, al igual que para los prácticos –jueces, fiscales y abogados–, los cuales hallarán, a lo largo de estas páginas, diversas ideas y consideraciones que, sin duda, enriquecerán su actividad. Naturalmente, las líneas venideras también están dirigidas a los encargados del diseño de la política criminal, pues estas reflexiones, parafraseando al Prof. Dr. José Luis González Cussac, aunque están acompañadas “del espíritu crítico propio de cualquier trabajo académico”, están animadas por la “intención de colaborar en un mejor servicio al interés general”.

Por último, quienes estamos a cargo de la compilación y la edición de esta obra queremos agradecer, muy especialmente, a todos los autores que nos acompañaron en la empresa, verdaderos especialistas en las materias tratadas, los Profs. Teresa Aguado Correa (Universidad de Sevilla), Andrea Planchadell Gargallo (Universitat Jaume I de Castellón), Carmen Eloísa Ruiz López (Universidad Externado de Colombia), Catalina Vidales Rodríguez (Universitat Jaume I de Castellón), Arthur Heinsteín Apolinário Souto (Centro Universitario de João Pessoa-UNIPÊ) y Romulo Rhemo Palitot Braga (Universidade Federal da Paraíba y el Centro Universitario de João Pessoa-UNIPÊ).

También hemos de manifestar nuestra gratitud al Prof. Fernando Velásquez Velásquez, quien apoyó la idea de este libro y le dio cabida dentro del proyecto de investigación ‘Derecho penal, parte especial y legislaciones penales complementarias (f. 2). La tutela penal del patrimonio económico’,

del cual es investigador principal y que se desarrolla en el marco de las actividades del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’, de la Universidad Sergio Arboleda.

Álvaro Vargas y Renato Vargas Lozano  
Profesores – Universidad Sergio Arboleda



## EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN COLOMBIA\*

*Renato Vargas Lozano\*\**

*Carmen E. Ruiz López\*\*\**

### Introducción

Desde hace ya algún tiempo los Estados han orientado buena parte de sus esfuerzos a perseguir las ganancias que producen ciertos delitos que, habida cuenta de su origen, son consideradas ilícitas. En este nuevo escenario, el marco inicialmente limitado al comiso y a la receptación ha sido complementado, al menos en el derecho nacional, con una serie de instrumentos y de delitos entre los cuales se cuentan la extinción del dominio, el testaferrato, el enriquecimiento ilícito tanto de los particulares como de los servidores públicos y, por supuesto, el lavado de activos.

Ahora bien, la sanción del lavado de activos en los distintos ordenamientos nacionales se corresponde con el

---

\* La presente colaboración se enmarca en el ámbito de los proyectos de investigación que los autores desarrollan en sus respectivas universidades.

\*\* Profesor e investigador de la Universidad Sergio Arboleda y abogado en ejercicio vinculado a la firma Alvaro Vargas Abogados. Correo electrónico: [renato.vargas@usa.edu.co](mailto:renato.vargas@usa.edu.co) | [renato.vargas@alvarovargasabogados.com](mailto:renato.vargas@alvarovargasabogados.com)

\*\*\* Profesora e investigadora de la Universidad Externado de Colombia y directora de la firma Ruiz López. Correo electrónico: [carmene@ruizlopez.com](mailto:carmene@ruizlopez.com)

interés de la comunidad internacional en la persecución de ciertas formas de criminalidad consideradas especialmente graves y respecto de las cuales, atendida la entidad de las ganancias que producen –p. ej., el narcotráfico– o de los recursos que precisan –p. ej., el terrorismo (Fakhouri, 2014)–, se ha puesto en marcha una estrategia dirigida a evitar el aprovechamiento de los ingresos ilícitos o la obtención de medios de financiación (Manso, 2011; Albrecht, 2001, p. 36).

Consecuentemente, y a tono con una política internacional que resalta el carácter transnacional del blanqueo de capitales y demanda articular una respuesta global para enfrentarlo, el delito de lavado de activos fue introducido en la mayoría de las regulaciones internas (Albrecht, 2001, p. 48; Ambos, 2011, p. 11; Arias, 2011, pp. 37-38; Martínez-Buján, 2004). Colombia, desde luego, no fue indiferente al fenómeno descrito y la inclusión de esa figura en el derecho patrio está vinculada a la incorporación de la Convención de Viena de 1988 a la legislación nacional –Ley 67 de 1993– y a la tipificación subsiguiente de las conductas señaladas en dicho instrumento, ocurrida mediante la Ley 90 de 1995, cuyo art. 31 modificó el art. 177 del Código Penal de la época –el Decreto 100 de 1980–, relativo a la receptación.

Desde entonces, la regulación del lavado de activos no ha dejado de sufrir cambios, en especial, tratándose de los llamados delitos fuente, de los verbos rectores y de las penas (Hernández, 2011, p. 499; Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015). Algunas de esas reformas se han justificado en razón de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y, en tal medida, una de las causas de la modificación relativamente constante de la normatividad nacional ha sido la inestabilidad de la legislación internacional, que es revisada con frecuencia para, de un lado, resolver posibles baches de punibilidad y, del otro, brindar a las autoridades mejores herramientas con las cuales enfrentar esta forma de criminalidad; en otras ocasiones, las variaciones responden a ciertos intereses y requerimientos que bien podrían calificarse como locales.

Actualmente, el lavado de activos –y su forma agravada– hacen parte del Capítulo V del Título X del Código Penal vigente (arts. 323 y 324 de la Ley 599 de 2000), al cual también pertenecen los delitos de omisión de control (art. 325), omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (art. 325-A), omisión de control en

el sector de la salud (325-B), testaferrato (art. 326) y enriquecimiento ilícito de particulares (art. 327).

Sin embargo, el estudio juicioso de este delito revela su contradicción con varios de los principios llamados a regir el derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, como se autoproclama el colombiano; en tal sentido, conforme se verá a lo largo de este trabajo, el tipo penal vertido en el art. 323 CP merece numerosos reparos dogmáticos y, por supuesto, alguno que otro de orden práctico. De ahí que, si bien el presente escrito tiene el propósito original de ofrecer al lector un panorama general, pero lo suficientemente completo, de las notas definitorias del delito comentado en el derecho colombiano, esa caracterización viene acompañada de un análisis crítico de los distintos elementos de la tipicidad examinada.

A lo anterior se procederá, fundamentalmente, en la sección que sigue a esta introducción e incluye los temas relativos a los antecedentes de la regulación actual, los elementos objetivos de la descripción típica (el bien jurídico penal tutelado, los sujetos pasivo y activo del delito, los verbos rectores y el objeto), el dolo y los elementos subjetivos diferentes a este último, la pena para los supuestos básico y agravado, así como una referencia a la privatización de la lucha contra el lavado de activos y su reflejo en la legislación nacional. Luego, en secciones independientes, se consignan las conclusiones generales y se relacionan las fuentes citadas a lo largo del texto.

## **El lavado de activos en la legislación penal colombiana**

### **Los antecedentes y la regulación actual.**

El origen de la prohibición del lavado de activos se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes del año 1988 (Convención de Viena), misma que fue incorporada al derecho interno mediante la Ley 67 de 1993. A partir de entonces, las conductas constitutivas de lavado han estado sancionadas en el Código Penal colombiano, aunque su regulación no siempre ha tenido lugar bajo la denominación actual ni al amparo de un tipo penal independiente.

En efecto, la inclusión de los comportamientos señalados en la Convención de Viena al ordenamiento nacional tuvo lugar mediante la Ley 190 de 1995, cuyo artículo 31 modificó el artículo 177 del CP de la época (Decreto

100 de 1980), que hacía parte de los delitos que atentaban contra la administración de justicia. Las conductas comentadas se insertaron originalmente en el marco del delito de receptación y, a causa de ello, participaban de las características atribuidas a esta última. El texto del artículo era el siguiente:

Artículo 31. El artículo 177 del Código Penal quedará así:

Artículo 177. Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales.

El que fuera de los casos de concurso en el delito oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto del mismo o les dé a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad o los legalice, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena imponible será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión si el valor de los bienes que constituye el objeto material o el producto del hecho punible es superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la consumación del hecho.

La pena imponible con base en los incisos anteriores se aumentará de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes en los siguientes casos:

1. Si los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986.
2. Cuando para la realización de la o las conductas se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional o se celebren contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancarias o de Valores.
3. Si la persona que realiza la conducta es importador o exportador de bienes o servicios, o es director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores, o es accionista o asociado de dicha entidad en una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) de su capital pagado o del valor de los aportes cooperativos.

Luego, en el año de 1997, el legislador patrio tomó una decisión trascendental para el futuro de esta regulación al diferenciar entre la receptación y lo que, desde entonces, llamó ‘lavado de activos’. La ‘nueva’ disposición fue ubicada entre los delitos que atentaban contra el orden económico social,

esto es, en el Título VII del Libro II del CP de la época. El art. 9 de la Ley 365 de la anualidad indicada, promulgada para combatir la delincuencia organizada, era del siguiente tenor:

Artículo 9°. El Título VII del Libro II del Código Penal tendrá un Capítulo Tercero denominado “Del lavado de Activos”, con los siguientes artículos:

Artículo 247-A. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, le dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes que conforme al parágrafo del artículo 340 del Código, de Procedimiento Penal, hayan sido declaradas de origen ilícito.

Parágrafo 1°. El lavado de activos será punible aun cuando el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Parágrafo 2°. Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) cuando para la realización de las conductas se efectuaron operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeron mercancías al territorio nacional.

Parágrafo 3°. El aumento de pena previsto en el Parágrafo anterior, también se aplicará cuando se introdujeron mercancías de contrabando al territorio nacional.

A partir de ese momento, no han cambiado su denominación ni su ubicación sistemática en el CP, aunque sí han aumentado de forma significativa los verbos rectores y los delitos fuente, y se han agravado las penas. El estado último de esta evolución se refleja en el artículo 323 del CP en vigor, Ley 599 de 2000, el cual, dicho sea de paso, ha experimentado varias modificaciones (art. 8 de la Ley 747 de 2002, 14 de la Ley 890 de 2004, 17 de la Ley 1121 de 2006, 42 de la Ley 1453 de 2011, 33 de la Ley 1474 de 2011 y 11 de la Ley

1762 de 2015), incluida una declaratoria de inexequibilidad sobre la cual se volverá luego. La redacción vigente a la fecha es la siguiente:

Artículo 323. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediano o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provienen los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

El tenor de este artículo se corresponde con el entendimiento del delito examinado como un proceso, es decir, como una serie de actos encaminados a diluir el origen ilícito de los bienes provenientes de ciertos delitos (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015, pp. 60-61) y responde a las ideas de, primero, criminalizar las distintas fases y formas de intervención en dicho proceso y, segundo, minimizar los beneficios económicos derivados de la realización de los delitos previos.

Las múltiples modificaciones sufridas por el texto legal colombiano reflejan una clara tendencia expansiva en esta materia y han configurado una

disposición que supera, en extensión, a la generalidad de los artículos del CP y cuya descripción no resulta, por su complejidad, de fácil intelección. Por eso, en orden a facilitar su interpretación y su estudio, las páginas venideras se ocupan del examen de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal transcrito, empezando por la necesaria puntualización del bien jurídico penal tutelado en este caso y de su titular, prosiguiendo con la identificación del sujeto activo, la precisión de los verbos rectores, la aclaración de su objeto y terminando con algunas anotaciones sobre su carácter doloso y la exigencia de concretos elementos subjetivos distintos del dolo.

### **Los elementos objetivos.**

#### ***El bien jurídico penal tutelado y el sujeto pasivo del delito.***

Acorde con lo que sugiere su ubicación actual en el CP, el bien jurídico penal protegido es el orden económico social –aunque alguna decisión de constitucionalidad alude al “orden legal económico” (sentencia C-083 de 1999)– y ello es así desde que la Ley 365 de 1997 dispuso ubicarlo entre los delitos que afectaban dicho bien jurídico, esto es, en el Título VII del Libro II del CP de la época (Decreto 100 de 1980). Tal decisión legislativa, huelga decirlo, acarrea consecuencias importantes para la justificación político criminal de su incriminación, su interpretación y, por supuesto, la determinación –legal y judicial– de la pena respectiva (sentencias C-070 de 1996; C-205 de 2003; C-442 de 2011).

El elegido es un bien jurídico penal supraindividual, cuyo titular –vale decir, el sujeto pasivo del delito– es el Estado y que ha sido entendido por la Corte Constitucional como el sistema de organización y planificación general de la economía de un país, que se estructura sobre el equilibrio existente entre la intervención estatal y la economía de mercado –incluidas las libertades económica y de empresa que, por cierto, no son derechos fundamentales *per se*, aunque sí por conexidad (sentencias SU-157 de 1999 y C-830 de 2010)–, acorde con lo previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política (sentencias C-083 de 1999 y C-224 de 2009).

En desarrollo de esta idea, la Corte Suprema de Justicia señala que, mediante la disposición en comento, se busca, “dentro de la labor intervencionista del Estado en la economía, hacer primar el interés general sobre el

particular al frenar las formas mediante las cuales se pretende darle apariencia de legalidad a bienes de origen ilícito” (sentencia rad. 34377 de 17 de julio de 2013)<sup>1</sup>, y la doctrina nacional afirma que el lavado de activos vulnera el orden económico social por cuanto “distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la *enfermedad holandesa*” (Hernández, 2011, p. 551).

No obstante, esta decisión del legislador, sobre la cual, dicho sea de paso, no hay una referencia explícita en la exposición de motivos de entonces (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996), no está libre de objeciones ni de reparos: en primer lugar, no pueden pasarse por alto las opiniones –si bien minoritarias– en contra de la tipificación del lavado de activos en general, argüidas por quienes consideran que estas conductas de normalización son inofensivas para la economía y para el sistema financiero (Bajo, 2009, p. 13). Incluso, dirán, podrían considerarse benéficas en la medida en que se integren al circuito económico legal y, como consecuencia de ello, dichos recursos generen obligaciones tributarias para su titular o puedan emplearse en proyectos económicos productivos.

En segundo lugar, y al margen de la postura anterior, es preciso advertir que, entre quienes estiman necesaria la incriminación de este delito, que son la gran mayoría, hay consenso en cuanto a su naturaleza pluriofensiva, es decir, los especialistas reconocen que estas conductas afectan diversos intereses relevantes para el derecho penal. Por consiguiente, la opción de centrarse en el orden económico social suscita la pregunta de por qué preferir este último frente a otros bienes jurídicos tales como, p. ej., los protegidos por los delitos –previos– que originan los bienes (el patrimonio, la salud pública, la administración pública, etc.) y a cuya tutela también contribuye la sanción penal de su regularización.

Algo similar puede decirse respecto de la administración de justicia, pues el lavado de activos –al igual que la receptación– es un comportamiento orientado, en lo fundamental, a ocultar o encubrir el origen ilícito de los muebles o inmuebles originados de forma mediata o inmediata en un delito

---

<sup>1</sup> Esta referencia que hace la Corte Suprema de Justicia al bien jurídico penal orden económico social tratándose del lavado de activos, también valdría, al menos en principio, para el delito de receptación, pues con esta última conducta punible ‘se pretende darle apariencia de legalidad a bienes de origen ilícito’.



previo. Con este punto de partida, algunos autores entienden que entre la receptación y el lavado de activos existe una relación de género –la primera– a especie –el segundo– y, por ende, que ambos delitos atentan contra la administración de justicia, en tanto dificultan la investigación y el juzgamiento del delito previo (Bacigalupo, 2005, pp. 459-460).

Adicionalmente, en tercer lugar, de aceptar que el bien jurídico penal tutelado en este caso es el orden económico social, no pueden dejar de mencionarse los serios problemas que el mismo tiene, por razón de su carácter etéreo y vago, frente a la función de límite reconocida a este instituto (Martínez-Buján, 1998, p. 90; Muñoz & García, 1996, p. 60; Vargas, 2012, p. 268). En efecto, su rendimiento a la hora de limitar la intervención punitiva del Estado es mínimo, sobre todo si tienen en cuenta los sentidos amplio y estricto, tanto de derecho penal económico como de orden económico propiamente dicho, propuestos por los autores (Martínez-Buján, 2012, pp. 19-24; Martínez-Buján, 1998, p. 32).

Por la razón expuesta, los especialistas que se pronuncian a favor de la tipificación de este delito al amparo del bien jurídico comentado, suelen asociarlo a un interés más concreto, conforme podrían ser la libre competencia, el mercado o el sistema financiero, así: la primera se afectaría porque se produce un desequilibrio gracias a la concentración de un importante poder de demanda en unos pocos sujetos y a la consecuente consolidación de monopolios (Faraldo, 1998; Bottke, 1998; Blanco, 2001, p. 18) o porque, también en relación con la competencia, se menoscaba el tráfico lícito de bienes (González, 2011, p. 637).

Otro grupo de doctrinantes se pronuncia a favor de una lesión a la economía de mercado (Muñoz, 2010, p. 554), mientras que los demás señalan la vulneración del sistema financiero, de su estabilidad y/o de su seguridad, merced a la pérdida de credibilidad en las instituciones o en las personas que hacen parte del mismo o debido a los problemas para lograr una asignación adecuada de los recursos (Fabián, 2007; Aninat, Hardy & Johnston, 2002, p. 44).

Esta última postura, vale decir, aquella que se decanta por el efecto nocivo del lavado de activos en el sistema financiero, se corresponde con la orientación que la jurisprudencia constitucional colombiana le ha dado a la cuestión. En efecto, según la Corte Constitucional, debe enfatizarse en la

necesidad de proteger el sistema financiero frente a las actividades ilícitas, en desarrollo de lo cual la propia Corporación entiende que la prevención, el control y la sanción del lavado de activos debe ser tenido como una prioridad nacional (sentencia C-851 de 2005); en el mismo sentido se pronunció la Organización de Estados Americanos, por conducto de la CICAD, señalando que las políticas y la regulación en esta materia tienen por objeto precaver los riesgos asociados a estas conductas para la estabilidad y la seguridad financieras (Organización de los Estados Americanos - CICAD, 1998).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia parece mucho más decantada, al menos en alguna de sus decisiones, a favor de la tutela de la competencia, si bien con un matiz que sugiere una referencia, más o menos explícita, a una cierta moral económica consistente en la exigencia de negociar con recursos lícitos (sentencia rad. 27224 de 13 de mayo de 2009).

### ***El sujeto activo.***

Acorde con la redacción legal del tipo previsto en el artículo 323 CP, el delito examinado contempla un sujeto activo de carácter común o indeterminado; en tal virtud, no se requiere de ninguna calidad o condición especial para ser considerado autor del mismo. Esto ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia colombiana (Auto rad. 22673 del 27 de octubre de 2004; sentencias rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 34377 de 17 de julio de 2013) y se compadece, en términos generales, con la tendencia en el derecho comparado al respecto (Faraldo, 2006).

En este mismo sentido, es importante señalar que, si bien el delito apuntado puede ser realizado por una persona y así está descrito, lo habitual es que sea ejecutado por un número plural de sujetos –cuya participación podrá ser a título de coautores o de cómplices, según el caso (arts. 29 y 30 CP)– y ello se debe al tipo de operaciones connaturales al proceso de reciclaje en comento (sentencia rad. 42722 de 9 de abril de 2014).

Varias de las agravaciones que sufre el delito tienen que ver con el sujeto activo, así: de acuerdo con las disposiciones internacionales sobre el particular [art. 3.5.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas], el derecho patrio sanciona más severamente la conducta de blanqueo cuando es realizada por quien pertenece a una persona jurídica, a una sociedad o a una organización

dedicada al lavado de activos (art. 324 CP), no siendo necesario que el aludido sea su objeto único ni mucho menos exclusivo (Faraldo, 2006, p. 153). En estos eventos, la mayor gravedad del hecho responde a que la realización del blanqueo en el entorno de una organización facilita el reciclaje de los bienes y dificulta su investigación y su juzgamiento.

A propósito de esto, la excusa –presentada con alguna frecuencia en estas hipótesis– según la cual el miembro de la organización actúa obedeciendo órdenes de un superior, ha sido recibida con recelo por la Corte Suprema de Justicia colombiana, la cual ha indicado que, en tales casos, no se puede configurar una regla o máxima, pues tal afirmación no cumple con la condición de universalidad necesaria para ser considerada como tal; por el contrario, los empleados en esa situación, dice la Corporación, según lo enseña la ‘práctica común’, prefieren abandonar sus puestos de trabajo. De todas formas, añade el alto Tribunal, resulta necesario verificar la existencia de un temor reverencial que implique una coacción o un apremio capaz de doblegar la voluntad de quien los sufre (sentencia rad. 42722 de 9 de abril de 2014).

De igual forma, poseer unos ciertos conocimientos –los propios de quien tiene formación económica, jurídica o en el ámbito de los negocios– contribuye a desvirtuar una posible ignorancia sobre las actividades de encubrimiento u ocultamiento realizadas, sobre todo, cuando las últimas están acompañadas de otras acciones ilícitas –falsedades documentales, p. ej.–. Tampoco sirve como justificación el hecho de no obtener un beneficio, un provecho, una remuneración o unas ganancias personales distintas de aquellas derivadas directamente de su oficio o vinculación, pues ello, se ha indicado, no es exigido por el tipo penal (sentencia rad. 42722 de 9 de abril de 2014).

La sanción también se agrava cuando dichos comportamientos los realicen los jefes, los administradores o los encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones (art. 324 CP). Esto, por supuesto, se corresponde con el poder de decisión que le cabe a cada uno de los sujetos mencionados.

Desde luego, son requisitos comunes para la aplicación del tipo agravado comentado en precedencia demostrar la existencia de una organización, la pertenencia del sujeto activo a la misma y, cuando fuere del caso, acreditar sus calidades de jefe, administrador o encargado dentro de ella.

Finalmente, por cuanto mira con las agravaciones relativas al sujeto activo, conviene tener presente que el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que la pena se aumente –de una sexta parte a la mitad– cuando el autor de las conductas sea un servidor público adscrito a uno de los organismos de control del Estado. Como es apenas natural, esta agravante tiene una doble fundamentación: por una parte, la calidad de servidor público propiamente dicha y, por la otra, su adscripción a uno de los organismos de control del Estado, lo cual supone un compromiso todavía mayor del funcionario respectivo. Con todo, adviértase cómo no hace falta una relación concreta entre las funciones o la actividad del servidor público y las conductas constitutivas de lavado.

De otro lado, no puede dejar de mencionarse una de las peculiaridades de la regulación sobre el lavado de activos –que constituye una de sus notas definitorias–, cual es, la posibilidad de sancionar al autor del delito previo por la legalización posterior de los activos obtenidos con aquél (Bazzani, 2011, pp. 45-46; Castro & Araujo, 2011, p. 144; Sintura, Martínez & Quintana, 2011, p. 14).

Esta fue, recuérdese, en su momento, una de las razones señaladas por el legislador patrio para separarlo de la receptación (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8). En la doctrina comparada, determinaciones como la indicada se explican –de modo general– a partir de la necesidad de ajustar el ordenamiento interno a las exigencias de los tratados internacionales, a los diferentes bienes jurídicos protegidos o, en fin, a que la pena para quien normaliza esos activos ilícitos es más severa (Muñoz, 2009, p. 159; Blanco, 2007; Faraldo, 2006, pp. 142-143; Quintero, 2010).

Sin embargo, lo cierto es que los instrumentos internacionales no solo no imponen tal obligación de castigar el ‘autoblanqueo’, sino que algunos de ellos prevén la posibilidad de dejarlo impune [p. ej., los arts. 23.2. e) de la Convención de Mérida y 6.2. e) de la Convención de Palermo]. Además, es imposible obviar el carácter artificial e, incluso, caprichoso, de los argumentos relativos a la diferencia en punto de los bienes jurídicos protegidos o de la gravedad de la pena correspondiente en cada caso.

Con esta determinación, el legislador le brindó autonomía al delito examinado, pero tal decisión es muy cuestionable desde el punto de vista teórico: tradicionalmente, se había entendido que el aprovechamiento de los bienes originados en un delito previo era una consecuencia más o menos normal

del delito inicial –su agotamiento (Serrano & Serrano, 2013, p. 563)–. En este sentido, los actos posteriores de normalización constituían una intervención postdelictiva (Quintero, 2010) que no era necesario sancionar de forma independiente (Vidales, 2012) porque el desvalor del delito previo debía incluir el de los actos posteriores de aprovechamiento –haciéndolo un acto copenado– o debido a que al sujeto activo del delito previo no le sería exigible otra conducta, es decir, convirtiendo al lavado de activos en una especie de ‘autoencubrimiento’ (Corcoy, 2012, p. 67).

Inexplicablemente, las cuestiones indicadas en el párrafo anterior no fueron tenidas en cuenta por el legislador, quien, en su día, se limitó a señalar la existencia de un pretendido interés en su sanción separada y más severa, ni tampoco han recibido –lo cual es casi peor– mayores comentarios por parte de la doctrina nacional.

Por último, debe aclararse que el ordenamiento jurídico colombiano, pese a la insistencia de ciertos entes internacionales (p. ej., GAFI o la CICAD), se ha mantenido refractario a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sí prevé una serie de medidas que pueden adoptarse cuando personas jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, se hubieren dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas, incluida, por supuesto, la de reciclar bienes; en estos casos, procede la suspensión o la cancelación de la personería jurídica y el cierre temporal o definitivo de los locales o de los establecimientos comprometidos en tales operaciones (art. 91 CPP).

### ***Los verbos rectores.***

Desde su introducción al derecho colombiano, el delito de lavado de activos ha sufrido varias modificaciones orientadas a ampliar su ámbito de aplicación mediante la inclusión de nuevos verbos rectores para, según se suele explicar, ajustar las normas nacionales a las internacionales, aislar social y económicamente al delincuente y evitar posibles lagunas de punibilidad (Blanco, 2007). A causa de los sucesivos ajustes, el delito actual abarca casi todos los momentos que constituyen el proceso, más o menos complejo, de la normalización, lo cual, conforme lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia –con razón– le da una mayor cobertura al delito (sentencia rad. 23174 de 28 de noviembre de 2007).

La idea original plasmada en la Convención de Viena de castigar a quien diera apariencia de legalidad a los bienes provenientes de ciertos delitos, constitutiva de lo que podría denominarse el ‘concepto estricto’ del lavado de activos, ha mutado, hipertrofiándose, para alcanzar, según el ‘concepto amplio’ del delito examinado, una serie de actos tales como la conversión, la transferencia, la ocultación, el encubrimiento, la adquisición, la posesión o la utilización e incluir sus fases más tempranas (la preparación).

El resultado es un tipo penal de conducta alternativa (sentencias rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 39220 de 04 de diciembre de 2013; 43388 de 26 de mayo de 2014), mediante el cual se sancionan, en realidad, tres grandes grupos de comportamientos que se corresponden, en líneas generales, con las tres modalidades –tipos básicos (Ambos, 2011)– previstas en los instrumentos internacionales (Vargas, 2016).

En primer lugar, adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en ciertas actividades delictivas. Estos verbos describen actos constitutivos de adquisición, posesión y utilización, cuya sanción está prevista en las disposiciones internacionales a condición de su compatibilidad con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico interno.

Precisamente, un número importante de los reparos que suscita la regulación colombiana tienen relación con la inconformidad de este primer grupo de conductas respecto de los principios constitucionales y los conceptos fundamentales internos, pues, en efecto, su incriminación supone la inclusión de actos que, además de ser equívocos, pueden considerarse preparatorios del lavado en sentido estricto y que muy difícilmente están en capacidad de poner en peligro efectivo el orden económico social. Ello, es claro, contraviene los principios de legalidad –taxatividad o determinación– y lesividad u ofensividad (arts. 6, 10, 11 y 27 CP).

Además, este adelantamiento de la intervención penal y la consecuente ampliación del ámbito del tipo que ello acarrea, consecuente con el propósito de aislar a los autores de los delitos previos, negándoles la posibilidad de efectuar cualquier negocio o transacción, genera diversos problemas cuando se repara en que dichos sujetos deben, por fuerza, interactuar con un nú-

mero indeterminado de personas que les proveen bienes o servicios y cuyas conductas son, por regla general, ‘neutrales’ en términos objetivos.

En segundo lugar, dar a los bienes provenientes de determinadas actividades delictivas apariencia de legalidad o legalizarlos. Estas conductas remiten a las de conversión y transferencia previstas en los instrumentos internacionales que, por lo general, suelen acompañarse de la finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, aspecto este último que, acorde con la redacción legal colombiana, no fue tenido en cuenta por el legislador nacional.

En este punto, el problema radica en precisar si la mera exigencia del dolo (entendido de la forma en que lo prevé el art. 22 CP) basta para describir y precisar de forma apropiada los comportamientos cuya incriminación se pretende, es decir, aquellos que inequívocamente constituyen blanqueo de capitales. Así las cosas, la discusión planteada remite a la cuestión más general atinente a la necesidad de incluir en la descripción legal un elemento subjetivo del tipo o del injusto distinto del dolo (Mir, 2005, pp. 280-281; Cobo & Vives, 1999, pp. 397-403; Bustos & Hormazábal, 1999, pp. 72-75; Orts & González, 2011, pp. 253-261). Está claro que las conductas han de ser idóneas en términos objetivos, pero el interrogante es si el sujeto activo ha de actuar, además de dolosamente (conocimiento y voluntad en los términos del art. 22 CP), con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes respectivos.

Adicionalmente, debe advertirse que las conductas de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediano o inmediato en ciertas actividades delictivas, pueden solaparse con las examinadas en este segundo bloque, es decir, las de dar a los bienes provenientes de determinadas actividades delictivas apariencia de legalidad o legalizarlos. Esto, en la medida en que la generalidad de las acciones descritas en ese primer grupo, pero, en especial, las sugeridas por los verbos ‘invertir’, ‘transformar’ o ‘administrar’, se enmarcan en el contexto de la legalización –real o supuesta– de los bienes ilícitos.

Por último, en tercer lugar, aparecen sancionadas las conductas de ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes provenientes del delito. Con anterioridad,

la disposición contemplaba la posibilidad de castigar por el delito de lavado de activos a quien realizara ‘cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito’, sin embargo, la amplitud e indeterminación de la fórmula legal empleada –‘cualquier otro acto’–contrariaba el principio de determinación, por más que su finalidad político criminal fuera la de evitar vacíos –reales o pretendidos– de punibilidad (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015); precisamente, con base en dicho argumento, la Corte Constitucional colombiana declaró la inexequibilidad de esa expresión, así:

64. Ahora bien, teniendo en cuenta que ambas interpretaciones son posibles, la una que permitiría al fiscal y al juez penal, imputar responsabilidad penal por formas verbales no previstas taxativamente en la norma o, la otra que significaría que la expresión demandada se trata de una reiteración inútil, le corresponde al juez constitucional, como garante de los derechos fundamentales, cerrar la posibilidad para la arbitrariedad y el abuso judiciales, en una materia tan sensible como la penal, que constituye límite y a la vez riesgo para las libertades, precisar la interpretación constitucionalmente adecuada. En este sentido, para evitar interpretaciones indebidas, se declarará la inconstitucionalidad de la expresión “*realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”, prevista en el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015. De esta forma se evita imputar responsabilidad por comportamientos no descritos expresamente en la lista taxativa de los verbos rectores del delito de lavado de activos (Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 2016)<sup>2</sup>.

Los comportamientos descritos en el primer grupo también podrían integrarse a los indicados ahora, es decir, a los de ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes provenientes del delito; en particular, tratándose de las acciones consistentes en ‘resguardar’, ‘transportar’, ‘almacenar’, ‘conservar’ y ‘custodiar’.

---

<sup>2</sup> No es este el momento para analizar la sentencia señalada, pero no puede dejar de mencionarse que la declaratoria de inexequibilidad recae sobre el comportamiento que, de modo más característico, define la esencia del lavado de activos y que constituía su nexo más intenso con el delito de receptación (el cual, por cierto, incluye la misma expresión en su texto). Adicionalmente, supone la eliminación del elemento subjetivo ‘para ocultar o encubrir su origen ilícito’ que también resultaba ser una de las notas de identidad del delito en comentario, conforme su regulación en los instrumentos internacionales (Vargas, 2016).



### ***El objeto.***

Por cuanto atiende al objeto del delito estudiado, se trata de cualquier bien, no solo dinero, que tenga su origen mediato o inmediato en uno cualquiera de los delitos previos. En este sentido, la expresión ‘activo’ es equivalente a la de ‘bien’ y, conforme se ha entendido desde la Convención de Viena (art. 1), alude en un sentido amplio a los de cualquier tipo (piedras y metales preciosos, títulos valores, créditos, ganancias, obras de arte, vehículos, inmuebles, objetos de colección o antigüedades, etc.); no obstante, lo normal será que las conductas de regularización se efectúen sobre dinero, debido, en buena medida, a su carácter altamente fungible (Fabián, 2007).

Desde luego, es imprescindible que dichos bienes tengan un origen ilícito, lo cual significa que han de estar asociados a un delito que los especialistas denominan ‘fuente’ y algunos instrumentos internacionales ‘determinante’. En este sentido, ha de quedar claro, primero, que la actividad originaria debe ser previa e ilícita y, segundo, que es preciso verificar un nexo entre dicha actividad y el bien objeto de normalización –sin que se exija una condena previa (Manso, 2011, p. 316)–, trátase del activo original o de cualquiera otro por el cual se lo sustituya o transforme (Faraldo, 1998, pp. 133-134; Muñoz, 2010, p. 556).

El carácter expansivo de la disposición comentada es evidente también en este punto: no solo se adopta un concepto amplio de ‘bien’, sino que el tipo penal abarca todos aquellos que tengan un origen tanto directo como indirecto en las actividades delictivas previas, sin limitarlo a los meros efectos del delito (Díez, 2013, p. 823); de ahí que, al menos con base en el texto actual del artículo colombiano, resulte posible sancionar el ‘blanqueo sustitutivo’ y el ‘blanqueo en cadena’, lo cual, en todo caso, se aviene con el entendimiento del lavado de activos como un proceso –no como un resultado–; lo anterior, sin importar que el sujeto activo tuviera los recursos lícitos suficientes para adelantar las actividades constitutivas de blanqueo, que los bienes no tuvieran anotaciones o antecedentes en un registro oficial o, en fin, la inexistencia de una condena anterior sobre alguno de los involucrados en el lavado (sentencia rad. 41427 de 8 de junio de 2016).

Dicho esto, conviene detenerse un poco más en lo relativo a los delitos fuente, pues una de las particularidades del delito examinado es, precisa-

mente, que limita los bienes cuya legalización es penalmente relevante a los originados en ciertas actividades delictivas, excluyendo, en tal virtud, los bienes producidos por los delitos no señalados expresamente o por ilícitos civiles o administrativos, vale decir, extrapenales.

Lo normal es que los delitos fuente o determinantes tengan una cierta entidad y, sobre todo, que produzcan ganancias importantes a quien los realiza. A efectos de su determinación, existen dos medios básicos: enlistarlos de forma taxativa o, sin perjuicio de alternativas intermedias, consagrar una fórmula abierta que aluda a un grupo de ellos (por ejemplo, los ‘delitos graves’ o aquellos que ‘atentan contra la administración pública’). La primera opción obliga a la revisión y actualización constante del listado, esto es, a la reforma del CP, mientras que, la segunda, puede terminar incluyendo delitos que no generan ganancias o en cuya persecución no existe un verdadero interés político criminal.

El legislador nacional no usó la palabra ‘delito’, decantándose por la más neutra de ‘actividad’, si bien dejó claro que la misma ha de ser ilícita y penalmente relevante; de esta forma, eludió la discusión sobre la necesidad de una sentencia condenatoria anterior, asociada a la expresión ‘delito’ previo (Carpio, 2011) y permitió afirmar la autonomía del lavado de activos frente a los delitos fuente, conforme lo ha ratificado en plurales ocasiones el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria al explicar que basta con la posibilidad de inferir dicha relación (sentencias rads. 23174 del 28 de noviembre de 2007; 23754 de 09 de abril de 2008; 27144 de 02 de febrero de 2011; 34377 de 17 de julio de 2013; 39220 de 04 de diciembre de 2013; 43388 de 26 de mayo de 2014; 41427 de 08 de junio de 2016).

Es decir, para la Corporación basta con que pueda verificarse –de forma patente– “que los bienes provienen de alguna de esas actividades” delictivas (sentencia rad. 34377 de 17 de julio de 2013), “aunque no se pueda establecer de manera plena la actividad ilegal subyacente (fuente del recurso)” (sentencia rad. 23174 de 28 de noviembre de 2007).

Ahora bien, lo dicho no supone que, para afirmar la tipicidad del comportamiento estudiado, resulte suficiente una afirmación gaseosa o una mera especulación sobre el origen ilícito de los recursos por parte del ente acusador (sentencia rad. 36448 de 24 de julio de 2013) ni, tampoco, que sea

bastante, a los mismos efectos, una explicación insatisfactoria del procesado, pues ello invertiría las reglas relativas a la carga probatoria y afectaría la presunción de inocencia (sentencia rad. 22179 de 9 de marzo de 2006).

Con todo, pese a la advertencia de la Corte, el aludido es un riesgo más que latente, pues, de hecho, especialmente en los supuestos consistentes en ocultar el origen de los bienes, se ha entendido de forma reiterada que el presunto responsable tiene la obligación de acreditar la tenencia legítima de los mismos (sentencias rads. 23174 de 28 de noviembre de 2007; 27224 de 13 de mayo de 2009; 43388 de 26 de mayo de 2014), así

[...] demostrar el amparo legal del capital que ostenta o administra, etc., es cuestión a la que está obligado el tenedor en todo momento; y cuando no demuestra ese amparo legítimo es dable inferir, con la certeza argumentativa que exige el ordenamiento jurídico penal, que la actividad ilegal consiste en ‘...*encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes*’, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos (sentencia rad. 23.174 de 28 de noviembre de 2007).

Que lo anterior no deja de ser complicado para la presunción de inocencia y que resiente las reglas probatorias lo confirma la afirmación de la Corte en el sentido de que, en tanto la inferencia es suficiente, “la carga de desquiciar la imputación corresponde al procesado en ejercicio legítimo del contradictorio” (sentencia rad. 23.174 de 28 de noviembre de 2007).

Por cuanto mira con cuáles son –en concreto– los delitos determinantes, el legislador colombiano empleó una fórmula mixta: mientras que en algunos casos hizo una mención más general a ciertos grupos de conductas punibles (las que atentan contra el sistema financiero o contra la administración pública o que son realizadas bajo concierto para delinquir), en otros los mencionó expresamente (tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas).

Desde luego, la referencia a los grupos de delitos indicados arriba –contra el sistema financiero, la administración pública o los ejecutados bajo concierto para delinquir– amplía el número de delitos previos de forma exponencial; algo similar acontece con la mención al enriquecimiento ilícito. Empero, no todos los delitos cobijados en estas fórmulas son idóneos para generar ganancias a quien los realiza, p. ej., y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse los peculados por aplicación oficial diferente (art. 399) o culposo (art. 400), el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416), el asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421), el empleo ilegal de la fuerza (art. 423), la omisión de apoyo (art. 424), la simulación de investidura o cargo (art. 426), la violencia contra servidor público (art. 429) o, en fin, la perturbación de actos oficiales (art. 430).

En relación con los delitos contra el sistema financiero, es preciso aclarar que para su determinación debe atenderse a un criterio formal, según el cual son tales los contenidos en el Capítulo II del Título X del Libro II, sin que quepa incluir en esa lista aquellas otras conductas que puedan considerarse, desde el punto de vista material, ‘financieras’; por lo tanto, quedan excluidos, por vía de ejemplo, las estafas financieras de seguro, crédito e inversión (arts. 246 y 247), la utilización indebida de información privilegiada (art. 258 CP), el pánico económico (art. 302 CP) o la usura (art. 305 CP).

Conviene tener presente que lo relativo a los delitos previos, fuente o determinantes ha sido objeto de reiteradas reformas, como queda claro con la reciente inclusión en el catálogo de actividades ilícitas del contrabando, el contrabando de hidrocarburos o sus derivados, el fraude aduanero o el favorecimiento y la facilitación del contrabando, el favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas (Ley 1762 de 2015, art. 11). Con esta modificación quedó saldada, por la vía legislativa, la discusión sobre la necesidad de incorporar –o no– el contrabando como delito fuente, el cual, hasta la aprobación de la ley aludida, había sido considerado como una agravante específica del delito (‘...cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional’).

Naturalmente, habida cuenta de la autonomía reconocida al delito de lavado de activos, se acepta la posibilidad de que concurse con otros delitos y, muy especialmente, con los delitos fuente (sentencia rad. 41800 de 16 de

julio de 2014). Esto, por cierto, tiene un fundamento legal expreso cuando se indica que la sanción tiene lugar ‘por esa sola conducta’ (art. 323 CP).

Para concluir lo atinente al objeto, y en tanto se trata de una cuestión directamente relacionada con el tema, es necesario aclarar que las penas del supuesto básico también se aplican cuando las conductas descritas en el inciso primero del art. 323 CP recaigan sobre bienes cuya extinción de dominio hubiera sido declarada.

### **El dolo y los elementos subjetivos distintos del dolo.**

El delito previsto en el artículo 323 CP es doloso, de ahí que resulta importante, primero, y sin desconocer las propuestas de (re)interpretación formuladas por la doctrina nacional al concepto de dolo (Ruiz, 2011), remarcar que el art. 22 CP define el dolo en clave de conocimiento y voluntad, de tal forma que el sujeto activo ha de conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización y, segundo, que, acorde con lo previsto en el artículo 21 CP, la modalidad culposa solo puede ser tenida en cuenta cuando el legislador expresamente la hubiera previsto y, tratándose del lavado de activos, al menos en Colombia, ello no ocurre. Esto último, por cierto, va en contravía de lo previsto en la Ley Modelo, el Reglamento Modelo o las Recomendaciones del GAFI que sugieren la inclusión de la forma imprudente en los ordenamientos internos.

Tratándose del requisito cognitivo necesario para la imputación a título doloso, hay cierto acuerdo en cuanto a que no es necesario un conocimiento pormenorizado de los hechos que originaron los bienes objeto de legalización ni, tampoco, sobre las circunstancias específicas relevantes para el caso (Faraldo, 2006, p. 167; Quintero, 2011, p. 1025); se trata, entonces, de que el agente tenga una idea general acerca del origen espurio de los activos. Adicionalmente, esta información debe conocerse al momento de adquirir u obtener el bien respectivo o de ejecutar el acto constitutivo de blanqueo (Ambos, 2011, p. 16; Fabián, 1998, pp. 326-327), lo cual, no está de más remarcarlo, excluye el dolo subsiguiente o consecutivo (Blanco, 2007).

El legislador colombiano prescindió de cualquier referencia a las expresiones –comunes en el ordenamiento internacional– ‘a sabiendas’ o ‘intencionalmente’, cuyo uso es considerado innecesario por algunos autores, en

tanto equivaldrían al dolo mismo. Sin embargo, un sector de la doctrina disiente de esta afirmación, señalando que su indicación expresa es relevante, puesto que excluye el dolo eventual (Roxin, 2006, p. 415). A propósito de esto último, en Colombia no parece haber problema para admitir la imputación de ciertas hipótesis de lavado de activos a dicho título, siempre que la realización de la infracción penal haya sido prevista como probable por el autor y su no producción se librara al azar (art. 22 CP).

Anteriormente, el texto legal incluía la fórmula ‘o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito’, la cual imponía verificar una finalidad determinada, conforme sugería la preposición ‘para’ que significa “el fin o el término a que se encamina una acción” (Diccionario de la Lengua Española, 2014). Y, aunque dicho aparte de la norma fue declarado inexecutable, el antedicho constituye un ejemplo de lo que los autores denominan elementos subjetivos distintos del dolo, cuya necesidad surge –conforme ha entendido la doctrina especializada– ante la insuficiencia de los elementos objetivos en orden a definir convenientemente el ilícito penal (Bustos & Hormazábal, 1999, pp. 72-73; Cobo & Vives, 1999, p. 397; Martínez-Buján, 2013, p. 249; Orts & González, 2011, p. 253).

Su utilidad radica, por consiguiente, en que contribuyen a delimitar el ámbito de relevancia típica y, en este sentido, la inclusión de los mismos constituye una de las posibles alternativas a la hora de, por ejemplo, reducir la equivocidad inherente a las acciones de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar. No obstante, es importante tener presente las dificultades que la introducción de este tipo de elementos apareja en clave probatoria, pues los inconvenientes a la hora de su demostración son innegables; de ahí que, por regla general, terminen infiriéndose de hechos objetivos.

Finalmente, y al hilo de lo anterior, debe señalarse que la legislación internacional (arts. 3.3. de la Convención de Viena, 6.2.f. de la Convención de Palermo y 28 de la Convención de Mérida, entre otros) permite inferir la intención o el propósito de las circunstancias fácticas objetivas, entre ellas, la importancia cuantitativa de los bienes normalizados, lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial, la existencia de sociedades instrumentales, la realización de actividades comerciales sospechosas, etc.

### **Las penas.**

El supuesto básico del inciso primero del artículo 323 CP tiene prevista una pena privativa de la libertad que, luego del incremento general operado por la Ley 890 de 2004 (art. 14), oscila entre un mínimo de diez años y un máximo de treinta; asimismo, la multa va desde los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes hasta los cincuenta mil. Esta misma pena se aplica cuando las conductas del inciso primero se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio hubiera sido declarada.

Ahora bien, si las conductas de blanqueo incluyen operaciones de cambio o de comercio exterior, o la introducción de mercancías al territorio nacional, esas penas se aumentan de una tercera parte a la mitad (inciso final del art. 323 CP).

Lo anterior, sin perjuicio de la modalidad agravada prevista en el art. 324 CP, acorde con la cual las penas indicadas en el art. 323 CP se incrementarán, en primer lugar, de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos y, en segundo lugar, de la mitad a las tres cuartas partes cuando sean desarrolladas por los jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones.

Adicionalmente, se prevé, a tono con lo dispuesto por la Ley 1474 de 2011 (art. 33), la agravación en los casos en los cuales la conducta sea cometida por un servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado. En dichos supuestos, la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad.

### **La privatización de la lucha contra el lavado de activos y su reflejo en Colombia.**

Con el epígrafe se sugiere que los ordenamientos internos conceden cada vez más protagonismo a los sujetos privados en el marco de la llamada ‘lucha’ contra el lavado de activos, al punto que el éxito de la política anti-blanqueo está ligado a su colaboración activa en la prevención, la detección y la comunicación –reporte– de las operaciones inusuales o sospechosas.

Para las autoridades públicas, la participación de los particulares en la ‘lucha’ contra el lavado de activos es una necesidad (no hay otra forma más

expedita de acceder a la información sobre las operaciones), mientras que, para los particulares, su colaboración cumple con dos objetivos: por una parte, dificultar el blanqueo de capitales y, por la otra, desmarcarse de las operaciones de este tipo y evitar los consiguientes riesgos reputacionales, operacionales y legales derivados de ello.

En algunos casos, la implementación de controles para prevenir el riesgo de lavado de activos responde a una forma de autorregulación y se materializa en instrumentos tales como los códigos de buen gobierno, los programas de cumplimiento o los manuales de prevención de lavado de activos, cuya adopción es voluntaria y en los cuales se toman medidas referidas al desarrollo de sus actividades y a sus relaciones con terceros (clientes o proveedores), con sus socios, empleados y directivos o, en fin, con las autoridades.

En otros casos, su adopción resulta obligatoria; ello ocurre en sectores de ‘alto riesgo’ respecto de los cuales se justifica la imposición de ciertos deberes –legales– de prevención (como el conocimiento de los clientes y del mercado) y de detección y reporte o comunicación (sobre todo, de operaciones inusuales o sospechosas). Como en estos casos la implementación de los mecanismos de prevención, detección y comunicación o reporte no es voluntaria, el incumplimiento de tal obligación puede dar lugar a sanciones administrativas y, además, de índole penal: ya sea por el delito de lavado de activos o, bien, por eventuales omisiones de control o reporte cuando las mismas estén previstas como delitos autónomos.

Con todo, la intervención de los particulares, aunque parece necesaria –e, incluso, obvia– en el contexto descrito, no deja de provocar interrogantes sobre su eficacia, porque, además de las inquietudes que suscita la delegación de funciones de policía –administrativa– en los particulares (Sánchez-Vera, 2008), parece claro que un número importante de los sujetos obligados a reportar o informar las operaciones sospechosas se encuentran en medio de un conflicto ético y de intereses (Blanco, 2009), pues se los obliga a escoger entre maximizar sus utilidades o cumplir con las obligaciones impuestas por las autoridades.

Los reportes aludidos antes no tienen que dirigirse a la Fiscalía General de la Nación, sino a la Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero (UIAF), conforme lo prevé –desde hace tiempo– el art. 11 de la Ley 526 de 1999, lo cual, al tiempo que centraliza dicha información y asigna su examen a



una entidad altamente especializada, permite seleccionar –con los riesgos inherentes a ello, es decir, a un sistema ‘selectivo’– los asuntos que son –o pueden llegar a ser– objeto de conocimiento por parte de las autoridades en materia penal. El grupo de actividades en el marco de las cuales el reporte es obligatorio, comprenden, por ejemplo, las financieras (desarrolladas por entidades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera y de la Superintendencia de Economía solidaria); las de comercio exterior, importación-exportación de oro y cambio de divisas; las de los casinos, las loterías o los juegos de azar; las de transporte de carga terrestre o de valores; las de los operadores postales de pago; las de los clubes con deportistas profesionales; y las notariales.

Desde el punto de vista penal, la responsabilidad de los particulares deriva del incumplimiento, en ciertas condiciones, de las obligaciones de comunicación y de control. Así ocurre con las modalidades de omisión propia contenidas en los arts. 325 (omisión de control) y 325-A CP (omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo), ambas de dudosa legitimidad, en tanto comportan –sobre todo la segunda– la sanción de meros deberes de actuación que, si se mira bien, difícilmente entrañan un riesgo efectivo para el orden económico social y su inclusión en el código materializa un adelantamiento tan significativo como cuestionable de la intervención penal, del todo contrario a sus notas de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad. La conducta típica prevista en el art. 325-B (omisión de control en el sector de la salud), por su parte, no merece mayores comentarios, en la medida en que su texto carece de vínculo alguno con el lavado de activos.

Al margen de los reparos anteriores, formulados en clave político criminal, puede aprovecharse para indicar que la redacción de las disposiciones indicadas tampoco ofrece motivos de tranquilidad: no tiene sentido circunscribir el tipo penal a las actividades de ahorro y crédito, excluyendo, por consiguiente, los ámbitos bursátil y asegurador e, incluso, las del sector real. Tampoco parece conveniente que la omisión sancionada en el art. 325 CP sea la de pretermitir los mecanismos de control establecidos para, tan solo, las transacciones en efectivo; la complejidad actual del sistema financiero y de sus instrumentos, hace que las operaciones y transacciones en efectivo sean cada vez menores y, quizás, las menos relevantes. Por idénticas razones, llama la atención que la omisión sancionada en el caso del art. 325-A CP

tenga que ver con el incumplimiento de los reportes relativos, exclusivamente, a las transacciones en efectivo o a la movilización o el almacenamiento de dinero, una vez más, en efectivo.

Por último, puede señalarse que causa, cuando menos, cierta extrañeza que la disposición del art. 325-A CP no exija la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero ni, mucho menos, que los mismos tengan origen en alguno de los delitos fuente. Lo anterior, en la medida en que semejante redacción diluye al extremo los vínculos entre las conductas castigadas y la normalización de los activos en que consiste el blanqueo de capitales, reafirmando su carácter de ilícito apenas formal.

### **Conclusiones.**

La inclusión original de las conductas constitutivas de lavado de activos en el ordenamiento jurídico colombiano obedece a los compromisos internacionales adoptados por Colombia. A partir de allí, el delito en comento ha sufrido muchas y muy importantes modificaciones: una de las más relevantes tuvo que ver con su separación definitiva de la receptación y, de ahí en más, las reformas se han reiterado para ampliar su ámbito de aplicación (aumentando los delitos fuente e incluyendo nuevos verbos rectores) y endurecer su sanción.

La mayor parte de estos cambios se debe a la necesidad –en unas ocasiones real, pero en otras apenas pretendida– de ajustar las normas nacionales a las internacionales, y como consecuencia de este proceso de continua adaptación, el delito examinado abarca, a día de hoy, casi todos los momentos que constituyen el proceso de reciclaje –lo cual permite diferenciar los sentidos amplio y estricto del lavado– e incluye un número bastante amplio de delitos fuente, haciendo olvidar su vínculo originario con el tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Por lo expuesto, la regulación examinada es, sin duda, claramente expansiva y, de hecho, la descripción típica da cabida a una cantidad significativa de comportamientos relacionados, de forma más o menos cercana, con el blanqueo y que supera, téngase presente, el marco general previsto en el ámbito internacional.

Las conductas criminalizadas en Colombia pueden agruparse en torno a tres grandes grupos: en primer lugar, son objeto de sanción las de ad-

quirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir.

En segundo lugar, están conminadas con una pena las acciones de dar a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o legalizarlos. Y, en tercer lugar, las de ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes.

No obstante, esta regulación es desafortunada porque, primero, riñe con varios principios básicos del ordenamiento penal colombiano, pues contraría el de determinación (art. 10 CP), debido a lo equívoco de ciertos supuestos; el de lesividad, en tanto sanciona comportamientos que apenas constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico (art. 11 CP) y el de proporcionalidad, porque, de un lado, las penas previstas para el lavado de activos superan, en no pocos casos, las de otros delitos que atentan contra bienes jurídicos quizás más importantes —la vida, la integridad personal, la libertad individual, por ejemplo— y, del otro, equipara los actos preparatorios, los de ejecución, los de consumación y los de agotamiento; asimila las situaciones de peligro abstracto con las de peligro concreto; y disuelve las diferencias entre los supuestos de autoría y los de participación, lo cual supone, por cierto, un acercamiento drástico al concepto unitario de autor.

Además, se lleva por delante ciertos presupuestos dogmáticos sobre los que existía cierto consenso teórico (la prohibición de sancionar al autor del delito previo por el aprovechamiento posterior), dando la espalda injustificadamente a los desarrollos doctrinales sobre el tema y, por último, se enfrenta a la receptación, dotando de independencia a una serie de conductas que ya

estaban reguladas –y probablemente de una forma mucho más sistemática y coherente– al amparo de esta última.

Por todo lo apuntado, bien puede afirmarse la ausencia de un propósito político criminal coherente en esta materia, al tiempo que ha quedado demostrado el déficit de técnica legislativa que acompaña a la regulación penal tratándose del comportamiento analizado.

### Referencias.

- Albrecht, H. J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2011). *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aninat, E., Hardy, D., & Johnston, B. R. (2002). Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. *Finanzas & Desarrollo*, 39(3).
- Arias, D. P. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel
- Auto Rad. 22673 del 27 de octubre de 2004. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Bacigalupo, E. (2005). Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. En E. Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico* (pp. 455-470). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Bajo, M. (2009). El desatinado delito de blanqueo de capitales. En M. Bajo & S. Bacigalupo, *Política criminal y blanqueo de capitales* (pp. 11-20). Madrid: Marcial Pons.
- Bazzani, D. (2011). Del lavado de activos. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 41-55). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco, I. (1997). Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 50, 263-292.
- Blanco, I. (2001). La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore*, 15.
- Blanco, I. (2007). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos; República Bolivariana de Venezuela; Banco Interamericano de Desarrollo.

- Blanco, I. (2009). Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore*, 23, 117-138.
- Bottke, W. (1998). Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, 2, 1-16.
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal* (Vol. II). Madrid: Trotta.
- Carpio, J. (2011). La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, 15.
- Castro, G., & Araujo, A. (2011). Lavado de activos y conductas afines. En C. Castro, *Manual de derecho penal. Parte especial* (Vol. II) (pp. 137-170). Bogotá: Temis; Universidad del Rosario.
- Cobo, M., & Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (5a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy, M. (2012). Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- Corte Constitucional. (2016). Comunicado No. 15. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2015%20comunicado%2020%20de%20abril%20de%202016.pdf>
- Díez, J. L. (2013). *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios* (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fabián, E. A. (1998). *El Delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Fabián, E. (2007). Tipologías y lógica del lavado de dinero. En *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos; República Bolivariana de Venezuela; Banco Interamericano de Desarrollo.
- Fakhouri, Y. (2014). *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle sábana al fantasma*. Bogotá: Uniandes.
- Faraldo, P. (1998). Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, 21, 117-166.
- Faraldo, P. (2006). Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LIX*.
- Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996. Imprenta Nacional de Colombia.

- González, J. J. (2011). Capítulo 28. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales. En *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (pp. 621-646). Madrid: Dykinson.
- Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI (2012). *Estándares internacionales en la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*. Recuperado de [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)
- Hernández, H. (2011). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Bogotá: Ibáñez.
- Manso, T. (2011). El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. *Estudios Penales y Criminológicos*, 31, 305-324.
- Martínez-Buján, C. (1998). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (2004). La dimensión internacional del blanqueo de dinero. *Estudios de derecho judicial*, 61, 179-270.
- Martínez-Buján, C. (2012). *Derecho penal económico*. Madrid: Iustel.
- Martínez-Buján, C. (2013). Los elementos subjetivos del tipo de acción (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción). *Teoría y Derecho*, 233-279.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (7a ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz, F. (2009). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 157-174). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (18a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. (2005). *Ley modelo sobre lavado de activos y financiación del terrorismo*. Recuperado de: [https://www.unodc.org/tldb/pdf/Model\\_Laws/AL\\_MLawEnglish.pdf](https://www.unodc.org/tldb/pdf/Model_Laws/AL_MLawEnglish.pdf)
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. (2011). *Ley modelo sobre extinción de dominio*. Recuperado de: [https://unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion\\_de\\_dominio\\_final.pdf](https://unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf)
- Organización de los Estados Americanos - CICAD. (1998). *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*.

- Organización de los Estados Americanos - CICAD. (1999). *Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves*. Recuperado de <http://www.cicad.oas.org>: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/esp/Reglamento\\_modelo\\_esp12\\_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf)
- Organización de los Estados Americanos - CICAD. (s.f.). *Anti-lavado de activos*. Recuperado de [http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado\\_activos/default\\_spa.asp](http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/lavado_activos/default_spa.asp)
- Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena)*. Recuperado de [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo)*. Recuperado de <https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/55/383>
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Recuperado de [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)
- Orts, E., & González, J. L. (2011). *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quintero, G. (2010). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r2.
- Quintero, G. (2011). Capítulo XIV. De la Receptación y el Blanqueo de capitales. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 1004-1034). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.). Recuperado de [www.rae.es](http://www.rae.es).
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Navarra: Thomson; Civitas.
- Ruiz, C. E. (2011). *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz, C., Vargas, R., Castillo, L., & Cardona, D. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez-Vera, J. (2008). Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. *InDret*.

- Sentencia C-070 de 22 de febrero de 1996. Corte Constitucional.
- Sentencia C-083 de 17 de febrero de 1999. Corte Constitucional.
- Sentencia SU-157 de 10 de marzo de 1999. Corte Constitucional.
- Sentencia C-205 de 11 de marzo de 2003. Corte Constitucional.
- Sentencia C-851 de 17 de agosto de 2005. Corte Constitucional.
- Sentencia C-224 de 30 de marzo de 2009. Corte Constitucional.
- Sentencia C-830 de 20 de octubre de 2010. Corte Constitucional.
- Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011. Corte Constitucional.
- Sentencia C-191 de 20 de abril de 2016. Corte Constitucional.
- Sentencia Rad. 22179 del 09 de marzo de 2006. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 23174 del 28 de noviembre de 2007. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 23754 del 09 de abril de 2008. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 25803 del 15 de julio de 2008. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 23236 del 17 de septiembre de 2008. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 27224 del 13 de mayo de 2009. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 27144 del 02 de febrero de 2011. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 34377 del 17 de julio de 2013. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 36448 del 24 de julio de 2013. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 39220 del 04 de diciembre de 2013. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 42722 (SP4615-2014) del 9 de abril de 2014. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.



- Sentencia Rad. 43388 (SP6613- 2014) del 26 de mayo de 2014. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 41800 (SP9235-2014) del 16 de julio de 2014. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 41427 (SP7816-2016) del 8 de junio de 2016. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Serrano, A., & Serrano, A. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (16a ed.). Madrid: Dykinson.
- Sintura, F., Martínez, W., & Quintana, F. (2011). *Sistemas de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo*. Bogotá: Legis.
- Vargas, R. (2012). A propósito de la intervención penal en el ámbito económico. En *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal* (pp. 259-289). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana; Diké.
- Vargas, R. (2016). La política criminal internacional en materia de lavado de activos y su desarrollo en Colombia. En *Problemas Actuales del Derecho Penal. Volumen 1: 2012-2015* (pp. 179-206). Bogotá: Fondo de publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda.
- Vidales, C. (2012). Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010). *Revista General de Derecho Penal*, 18.



## **PERSPECTIVA DOGMÁTICA DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL SISTEMA PENAL BRASILEIRO\***

*Romulo Rhemo Palitot Braga\*\**

*Arthur Heinstein Apolinário Souto\*\*\**

### **Introducción**

La evolución de la delincuencia es una realidad que no se puede ocultar, ni despreciar. Las organizaciones criminales utilizan los más variados medios y métodos para obtener grandes capitales derivados de sus actividades ilícitas y actúan como empresas adecuadamente estructuradas y con sus puestos de dirección determinados, dando lugar a verdaderas redes criminales, interrelacionadas o independientes, cuya repercusión y actuación internacional desafía las fronteras y la legislación de los distintos países.

---

\* Traducción a cargo de Renato Vargas Lozano, con la colaboración de Laura Nataly Castillo.

\*\* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Valencia, España; Profesor de Derecho Penal de la Universidad Federal da Paraíba y del Centro Universitario de João Pessoa-UNIPÊ; Auditor del Tribunal Superior de Justicia Deportiva – STJD y Abogado.

\*\*\* Magíster en Derecho Económico por la Universidad Federal da Paraíba – UFPB; Profesor de Derecho del Centro Universitario de João Pessoa-UNIPÊ; Exdirector-Presidente de la Escuela Superior de Abogacía – ESA/PB.

Hace relativamente poco, las elevadas sumas de dinero provenientes de las actividades ilícitas empezaron a llamar la atención de la comunidad internacional y desencadenaron la discusión y posterior implementación de textos internacionales, enderezados a frenar la utilización de los beneficios originados –en principio– en las actividades del tráfico ilícito de drogas, conforme lo demuestra la histórica y emblemática Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en diciembre de 1988. Con base en su texto, los países signatarios llevaron a cabo la tipificación ulterior del delito de lavado de dinero en sus normas internas.

La regularización de los capitales ilícitos es, indudablemente, un tema que, además de ser actual, merece una especial consideración, en particular, gracias a los continuos debates que genera. Esto, por supuesto, se corresponde con el interés, cada vez mayor, que el tema despierta en los países y sus autoridades, los organismos internacionales y los especialistas (Braga, 2013, p. 20).

Sin duda, los valores alcanzados anualmente por la macrodelincuencia globalizada fomentan un sinnúmero de delitos intrafronterizos y ello aumenta la potencialidad lesiva del crimen organizado; además, para que ese capital de origen delictivo pueda ser aprovechado de forma amplia, es imprescindible llevar a cabo un proceso de blanqueo dirigido a asegurar la apariencia lícita del producto de la infracción penal anterior. A propósito de esto último, es necesario reconocer que, no obstante, la autonomía que suele atribuirse al lavado respecto del delito previo, lo cierto es que solamente un ilícito anterior puede proporcionar la materia prima necesaria para la verificación y ejecución del delito de lavado de capitales.

Teniendo a la vista el marco general descrito en precedencia, el presente escrito aborda los aspectos penales más relevantes de la ley que tipificó el delito de lavado de dinero en el ordenamiento brasileiro (Ley 9613 de 1998) y su modificación posterior (Ley 12683 de 2012), ocupándose de su carácter accesorio y de su autonomía, de sus sujetos y de su objeto material. Al final, se incluyen unas consideraciones finales y las fuentes citadas.

### **Accesoriedad y autonomía del delito de lavado de dinero**

Antes de la entrada en vigor de la Ley 12683 de 2012, existía una lista taxativa de delitos fuente (así, el artículo 1 de la Ley 9613 de 1998), lo que

imposibilitaba al Estado-Juez adelantar procesos por lavado cuando el objeto del blanqueo fuesen valores obtenidos o derivados de delitos no contemplados en aquella lista, por ejemplo, del tráfico de personas y/o de órganos.

Barros (2004), a la luz de la redacción original del art. 1 de la Ley 9613 de 1998, reconoció tanto la accesoriedad del lavado como su autonomía, en los siguientes términos:

Si bien es cierto que el crimen de ‘lavado’ se deriva, necesariamente, de otro delito de los indicados taxativamente en la lista, de modo que cualquier infracción incluida en la lista de los delitos anteriores será considerada principal, primaria o básica en relación con el crimen de ‘lavado’ que, a su turno, desde el punto de vista de la criminalidad organizada, pasa a ser accesorio, secundario o derivado, exceptuando, sin embargo, su autonomía [...] Por otro lado, no se debe confundir la acción del agente lavador como integrada al *iter criminis* o mero agotamiento del crimen fuente (p. 95).

Así las cosas, entonces, el carácter accesorio de la conducta típica examinada se revela con nitidez, en tanto necesita de un crimen –previo– apto para obtener los bienes respecto de los cuales se inicia el proceso de blanqueo; sin embargo, también cabe señalar que la autonomía del punible de lavado se reconocía, pese a la enunciación taxativa de los delitos previos en la regulación original. Tras las modificaciones introducidas por la Ley 12683 de 2012 es innegable que la autonomía en comento se extendió significativamente, pues el lavado de activos puede reconocerse cuando los bienes, los derechos o los valores se deriven, directa o indirectamente, de cualquier infracción penal.

Dentro de esta contextualización, es importante resaltar que los procesos criminales seguidos por el delito de lavado de capitales y por el crimen antecedente –o fuente– gozan de plena autonomía en el plano procesal. Eso implica, por una parte, que no es necesario tramitarlos conjuntamente y, por la otra, que nada impide unir, cuando fuera del caso, esas mismas acciones penales en virtud de la conexión probatoria e instrumental.

Por consiguiente, y acorde con la legislación brasilera vigente, es posible castigar el lavado de dinero proveniente de cualquier origen ilícito, lo cual evita que la persecución criminal de ese delito tropiece con lagunas jurídicas, en cuanto poco importa de dónde viene el capital ilícito en orden a configurar el lavado. Con todo, es necesario, pese a la supresión de la lista

cerrada o taxativa de delitos, que la conducta previa que genera el bien ilícito también sea considerada un delito.

El legislador brasileiro estableció la conducta delictiva principal en el art. 1, donde recoge los verbos cuya realización tipifica el delito de lavado de dinero y ellos son: “ocultar o disimular” la naturaleza (delito permanente), el “origen” (la procedencia, el proceso por medio del cual se consiguió el bien), la “ubicación” (referido a la situación actual o el lugar en donde se encuentra, está situado o localizado el objeto o bien), la “disposición” (onerosa o gratuita), los “movimientos” (en sentido financiero o la circulación en general de valores y de bienes) o “la propiedad” (la titularidad o el dominio sobre la cosa, la cualidad de dueño o las facultades de usar, gozar y disponer de un bien) de bienes, derechos y valores provenientes, directa o indirectamente, de la infracción penal (Braga, 2013, p. 113).

Con la actual redacción, el poder judicial podrá tramitar la denuncia por lavado de bienes independientemente de la condena por el crimen previo. En ese sentido, el artículo 2 II de la Ley nº 9613 de 2008, señala que:

Art. 2º El proceso y juzgamiento de los crímenes previstos en esta Ley: [...]

II – Son independientes del proceso y juzgamiento de las infracciones penales antecedentes, aun cuando hayan sido realizados en otro país, siendo el juez competente para los crímenes previstos en esta Ley quien puede tomar la decisión sobre la unidad del proceso y del juzgamiento;

Eso quiere decir que no es necesario que el agente responda por el lavado y por el delito antecedente en un mismo proceso.

Continuando con el análisis del inciso mencionado, es de suma importancia enfatizar que el lavado puede haberse realizado en un país extranjero y, a pesar de ello, su investigación y juzgamiento estarán sujetos a la legislación interna, gracias a la posibilidad de aplicar extraterritorialmente la ley brasileira, prevista en el art. 7, inciso II, literal “a”<sup>1</sup> del Código Penal patrio. La referida estipulación de competencia para procesar y juzgar gana fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 12683 de 2012 que invistió al magistra-

---

<sup>1</sup> Art. 7º - Quedan sujetos a la Ley brasileira, aun cuando sean cometidos en el extranjero: II - los delitos: a) que, por tratado o convención, Brasil se haya obligado a perseguir; (Incluido por la Ley nº 7.209, de 1984).

do competente en materia de lavado con poderes para decidir, según reza la disposición, “sobre la unidad de proceso y juzgamiento”.

Siguiendo con el tema, la Ley 9613 de 1998 determina que es posible instruir la denuncia “con los indicios suficientes de la existencia de la infracción penal antecedente, siendo punibles los hechos previstos en esta Ley, aun cuando el autor sea desconocido o exento de responsabilidad, o extinta la punibilidad de la infracción penal antecedente” (§1, art. 2). Acorde con esto, en la medida en que la primera parte del párrafo en cita afirma que “la denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia del crimen antecedente”, el carácter accesorio de ese delito no deja lugar a dudas.

La disposición en comento da lugar a lo que se conoce como “justa causa duplicada”, porque, además de indicios suficientes, en el lavado de capitales se hace necesario indicar, en clave probatoria, el origen ilícito de los valores obtenidos mediante el delito previo, so pena de la improcedencia de la acusación. Eso significa que solo se configurará el lavado si es posible comprobar que los bienes, derechos o valores provienen de una infracción penal previa.

La parte final del párrafo en análisis dice que serán castigados “los hechos previstos en esta Ley, aun cuando sea desconocido o exento de responsabilidad el autor de aquel delito” (§1, art. 2), es decir, el antecedente. Con ello, se entiende que se puede desconocer la identidad del autor del delito previo, pero, si queda demostrado que los bienes, derechos o valores fueron originados por el delito previo, el agente podrá ser condenado por el lavado de capitales.

Existe, con todo, un punto de controversia en el párrafo apuntado y es el atinente a la posibilidad de que el autor del delito previo sea absuelto; cuando eso acontece, para que el sujeto activo del lavado sea condenado, se debe analizar el fundamento de la absolución y esto, pese a que la adición hecha por la Ley 12683 de 2012 a este párrafo, indica que los hechos previstos en la misma son susceptibles de sanción aunque la punibilidad de la infracción penal antecedente se extinga.

En ese sentido, es bien sabido que, para que el delito de lavado de capitales sea considerado punible, la infracción penal antecedente deberá ser típica e ilícita, por la aplicación del principio de la accesoriedad limitada. Por lo tanto, en el caso de que el autor del delito antecedente sea absuelto

con base en la atipicidad de su conducta o debido a una causa que excluya la ilicitud no será posible que se condene por lavado, en virtud de lo establecido en el art. 386, incisos I, III y VI –1ª parte– del Código de Proceso Penal<sup>2</sup>. Sin embargo, si el autor del delito antecedente fue absuelto con base en una excluyente de culpabilidad o merced a una causa extintiva de la punibilidad, nada impide que se condene al agente por lavado de capitales.

Importa resaltar que solo hay dos causas que impiden la condena del agente por el delito de lavado de capitales, teniéndose en cuenta las hipótesis expuestas: en primer lugar, la *abolitio criminis* (que se configura por el reconocimiento posterior de la atipicidad penal de una conducta hasta entonces vedada por la ley penal, cuyo efecto es la casación inmediata de la ejecución y de los efectos penales de la sentencia condenatoria) y, en segundo lugar, la amnistía (configurada por el acto del poder legislativo que detenta fuerza para extinguir las consecuencias de un hecho que, en teoría, sería punible).

Presentadas y superadas las discusiones acerca de la accesoriedad del crimen de lavado de dinero, se pasa al análisis de lo atinente a los sujetos de ese mismo delito.

### **Sujetos del delito de lavado de dinero**

Inicialmente, se alude al agente lavador, esto es, al sujeto activo, que oculta o disimula el origen ilícito del capital proveniente de una infracción previa con el objetivo de darle apariencia lícita y, posteriormente, se señalará quiénes pueden asumir la condición de sujetos pasivos y de víctimas por la práctica de esa conducta.

El sujeto activo del delito de lavado de dinero puede ser cualquier persona, sea profesional, funcionario, empresario, estudiante, médico, abogado, ingeniero, arquitecto, político o, incluso, desempleado. No existe, por lo tanto, una determinación o imposición en el tipo en cuanto a quién puede

<sup>2</sup> Art. 386 de CPP. El juez absolverá al acusado, mencionando la causa en la parte dispositiva, desde que se reconozca: I – estar probada la inexistencia del hecho; [...] III – no constituir el hecho infracción penal; [...] VI – existencia de circunstancias que excluyan el delito o eximan al acusado de la pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 y § 1º del art. 28, Código Penal), o aun si estuviera fundada una duda sobre su existencia; (Redacción dada por la Ley nº 11.690, de 2008).



actuar como tal (Braga, 2013, p. 121). Como viene de advertirse, entonces, el delito de lavado de capitales es de sujeto activo común y ello supone que puede realizarlo cualquier persona, siempre y cuando los bienes involucrados en el proceso de lavado provengan de una infracción penal anterior.

Al hilo de esto, hay una cuestión que comporta mayores discusiones y es la relativa a si el autor del delito antecedente también está llamado a responder por el delito de lavado de capitales. Para resolver esta problemática existen dos corrientes: para la primera, el autor del delito previo no responderá por lavado de capitales, porque la ocultación de los valores obtenidos por la conducta antecedente configura el agotamiento del crimen original. Para los adeptos a esta corriente habría de absolverse por el delito de lavado, merced al principio de consunción.

Tal posición, que es sustentada por algunos autores en Brasil (Delmanto et al., 2006), también es reconocida expresamente por la normatividad anti-lavado de algunos países; es el caso de Alemania (§261 StGB), Argentina (art. 277.1, CP), Austria (§165.1, CP), Francia (art. 324.1, CP), Italia (arts. 648 bis y 648 ter, CP), Suecia (art. 6, §2, CP), etc., cuyas legislaciones consagran expresamente la imposibilidad de que el sujeto activo del delito previo también fuere sujeto activo del delito principal (lavado).

La segunda corriente, por su parte, indica que nada impide condenar al autor del crimen antecedente por el delito de lavado de capitales; en opinión de quienes defienden esta tesis, no se aplicaría el principio de consunción, puesto que la ocultación del producto del delito antecedente configura una lesión autónoma contra un bien jurídico distinto.

Así ocurre con el tipo penal antilavado brasileiro –o el colombiano (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015 p. 84)– que no restringe el círculo de los sujetos activos posibles, pues no exige ningún tipo de característica o capacidad especial para realizar esta figura; en el mismo orden de ideas, tampoco limita lo relativo a la participación del sujeto del delito previo en el crimen de lavado de dinero. La apuntada es la postura que prevalece en la doctrina brasileira y en países como Colombia, Portugal, España o Suiza.

Otro punto interesante tratándose del sujeto activo es que el autor del delito de lavado no tiene que haber participado –necesariamente– en el crimen antecedente, pero sí debe tener consciencia del origen ilícito de los valores

objeto de normalización. Sobre ese punto, puede verse el Recurso Ordinario en el Mandato de Seguridad, n° 16.813/SP, del STJ:

La participación en el crimen antecedente no es indispensable para la adecuación de la conducta de quien oculta o disimula la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento y propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, del crimen, art. 1.º, de la Ley n.º 9613 de 1998 (ROMS 16.813/SP, Gilson Dipp, 5ª T., un. 23.6.04).

Una cuestión polémica es la que versa sobre la posibilidad de que la persona jurídica pueda responder por el delito de lavado de capitales. En efecto, el art. 173, §5º de la Constitución Federal determina que es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en crímenes ambientales y crímenes contra el orden económico-financiero<sup>3</sup>; sin embargo, a pesar de la mención constitucional expresa en tal sentido, la ley de lavado de capitales tan solo prevé la responsabilidad penal de la persona física. De esa forma, si bien, en teoría, la previsión constitucional permite castigar a la persona jurídica que comete el crimen de lavado de capitales, falta la voluntad del legislador infraconstitucional que, en el contexto de la Ley 9613 de 1998, no incluyó dicha categoría de personas como sujetos activos en los delitos de lavado de dinero.

En tal sentido, Baltazar (2006), al referirse a esa omisión legislativa, señala que existe un paliativo en el ordenamiento brasileiro que podría suplir dicha laguna; alude, en concreto, a las sanciones administrativas que pueden aplicarse por los órganos de fiscalización a las personas jurídicas:

La responsabilidad penal de la persona jurídica es posible (CF, art. 173, §5º), mas no fue objeto de reglamentación en Brasil, no obstante la recomendación del GAFI, en el ítem 2-b de las cuarenta recomendaciones, como sigue:

2 – b) La responsabilidad penal y, cuando esta no sea posible, la responsabilidad civil o administrativa, deberán aplicarse a las personas colectivas. Sin excluir los procedimientos paralelos de naturaleza criminal, civil o administrativa aplicables a las personas colectivas, en países en donde tales formas de responsabilidad se encuentren previstas. Las personas colectivas deberán estar sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas. Estas medidas

<sup>3</sup> Art. 173. § 5. - La Ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetando las penas compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.

no deberán perjudicar la responsabilidad criminal de las personas naturales o individuales.

La existencia de sanciones administrativas, aplicables por parte de los órganos de fiscalización hacen que el de Brasil no sea considerado, a este respecto, como un caso de incumplimiento de las normativas internacionales (p. 7).

El legislador infraconstitucional deberá aprovechar la reforma de la Ley 9613 de 1998 para tratar expresamente la cuestión, pues no tiene sentido atribuir tantos derechos a los entes colectivos y no imputarles responsabilidad –penal– debido a las “lagunas legales”. Por lo demás, si se examinan las decisiones del Tribunal Supremo Federal, que viene enfrentando reflexivamente la cuestión, se advierte –aunque tímidamente– la muy probable posición de esa Corte frente al tema. Así lo observa Langenegger (2009) al apreciar los votos de los ministros del STF:

[...] en la búsqueda inicial realizada en el STF, fue posible identificar 6 (seis) decisiones que, si bien trataron mucho después y superficialmente la RPPJ [N.T.: responsabilidad penal de personas jurídicas], podrán utilizarse como indicio del futuro posicionamiento de la Corte sobre el asunto. [...] Hay dos decisiones, HC 83301-2 y RHC 85658-6, en las que el Ministro Cezar Peluso se manifiesta expresamente contra la posibilidad de que exista RPPJ, conforme se verifica en el extracto transcrito: “Ahora, como saben todos, las ‘empresas’ no cometen delitos. En nuestro sistema penal, según lo estatuido por la Ley 9605 de 1998, rige el principio de ‘societas delinquere non potest’, siendo entonces la responsabilidad penal personal y, más que eso, subjetiva”.

En cualquier caso, bien puede decirse que la solución definitiva para esta cuestión todavía se muestra confusa.

Precisado quién puede tener la condición de agente lavador, o sea, de quién puede ser el sujeto activo de ese delito –con las salvedades y matices advertidos–, corresponde preguntarse por el sujeto pasivo de ese delito de efectos tan calamitosos.

Sobre el asunto, Mendroni (2006) destaca que el sujeto pasivo de ese delito “es la sociedad o la comunidad local, por el peligro para las estructuras económicas y sociales, además de la seguridad y la soberanía del Estado” (p. 33). Esta afirmación apunta claramente a los bienes jurídicos afectados por esa conducta, pues es nítida la lesividad que ese delito acarrea para el Estado –en todas sus esferas de poder– y para la sociedad; en este último caso, principalmente, por ver afectado el orden socioeconómico.

Dado que el sujeto pasivo del delito se define como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, o sea, aquel que detenta la titularidad o es portador del interés cuya ofensa “constituye la esencia del delito”, bien puede concluirse que el sujeto pasivo del lavado de activos es el Estado, por ser quien detenta la titularidad de los valores tutelados, es decir, el orden socioeconómico y la administración de justicia.

De forma secundaria podrá existir otro u otros sujetos perjudicados, como ocurriría con cualquier persona que soporte un perjuicio económico en virtud del delito objeto de estudio.

### **Objeto material del delito de lavado de dinero**

Prosiguiendo con el análisis de los principales puntos de la Ley 9613 de 1998, se verifica que el tipo alude tanto a los productos directos como a los indirectos del delito. Léase atentamente: “Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de una infracción penal” (art. 1).

En cuanto a la segunda parte del artículo, vale la pena destacar los comentarios de Mendroni (2006), quien identifica como objetivo de la norma:

La previsión legal de los tres géneros, ‘bienes’, ‘derechos’ y ‘valores’, nos lleva a suponer, en principio, que en tanto la ley no debe contener palabras inútiles, se pretendió establecer la lista de los ‘productos’ de los delitos que pueden convertirse en el objeto del delito de lavado (p. 38).

El producto directo del crimen de lavado, denominado *producta sceleris*, consiste en el resultado inmediato del delito, esto es, el bien, derecho o valor conseguido por la realización del delito antecedente.

A su turno, el producto indirecto de ese delito, denominado *fructos sceleris*, configura el resultado mediato del delito, o sea, el provecho obtenido por el delincuente como resultado de la utilización económica del producto del crimen. Ejemplifican lo dicho, un bien inmueble adquirido con valores provenientes del tráfico de drogas o el de un automóvil obtenido con los valores derivados de un delito de extorsión.

Mendroni (2006) sugiere darle el siguiente sentido a las expresiones genéricas “bienes”, “derechos” y “valores”, empleadas en la ley:

- bienes: activos de cualquier tipo, corpóreos o incorpóreos, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos jurídicos que demuestren la propiedad u otros derechos sobre los referidos activos;
- derechos: equivalente a créditos, desde que sea posible su instrumentalización, a partir de una conducta, para su ‘ocultación’ o ‘disimulación’.
- valores: en la terminología de la ley significa dinero (*cash*, según el uso normal de la palabra en inglés), incluyendo cualquier moneda, trátase de reales, dólares estadounidenses, euros, etc., el papel moneda o los cheques de viajero, que posean el mismo valor nominal y potencial de ser cambiado por mercancías que el dinero; así como también una ‘cantidad atribuida abstractamente’ a un bien (p. 39).

Importa resaltar que la diferencia efectuada por la ley antilavado entre las tres figuras apuntadas resulta innecesaria, porque “derechos” y “valores” son especies respecto del concepto de “bien”, que es el género. Por lo tanto, el legislador patrio pudo equiparar el género “bien” a la idea de “producto”, aunque el significado de este último término, también es cierto, abarcaría todas las especies mencionadas legalmente, incluidos los “bienes”.

Así, y en resumen, el producto directo al que se alude a propósito del delito examinado es el bien ilícito obtenido por la realización del ilícito previo, en cuanto el producto indirecto es, justamente, aquello en lo que se transformará ese bien ilícito, ya con supuesta apariencia de legitimidad, después de pasar por el proceso de lavado.

### **Conductas típicas del delito de lavado de dinero**

A continuación, se procede a examinar los principales puntos relativos a la conducta incriminada por el lavado de capitales. A tales efectos, y en tanto que la atención debe centrarse en los verbos que describen las conductas de ocultar o disimular, es necesario ocuparse del aparte de la Ley 9613 de 1998, que versa como sigue: “Ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de la infracción penal” (art. 1).

El sentido de la palabra “ocultar”, prevista en el artículo, remite a esconder el origen de la cosa; literalmente, lavar para retirar los vestigios de la ilegalidad que la originó; así, se debe leer como un tipo de conducta de blanqueo el comportamiento consistente en “ocultar la naturaleza, origen,

localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de la infracción penal”.

Ahora bien, el vocablo “disimular” debe interpretarse como ocultación fraudulenta, lo cual obliga a reconocer, como otra forma de perpetrar el lavado, la conducta de “disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de la infracción penal”.

Resulta de suma importancia resaltar que ocultar es un delito permanente, o sea, un crimen cuya consumación puede prolongarse en el tiempo. Sobre lo que se entiende por un delito permanente, con precisión, Roxin (1997), propone las siguientes reflexiones: “son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo” (p. 329).

Por lo tanto, aun cuando el agente haya iniciado la ocultación en un momento anterior a la entrada en vigencia de una determinada ley, deberá responder por el delito si la situación se mantuviera tras su puesta en vigor. Esta regla sigue lo indicado por el Tribunal Supremo Federal, para el cual la “Ley penal más grave se aplica al crimen continuado o al crimen permanente, si su vigencia es anterior a la cesación de la continuidad o de la permanencia” (sumario 711).

El lavado de capitales es un delito de acción múltiple, también conocido como “de contenido variado”. De ese modo, aun cuando el agente realice más de una acción típica en un mismo contexto fáctico, responderá por un único delito. Eso, como consecuencia del principio de alternatividad.

Por otro lado, para la doctrina mayoritaria el delito contemplado en el art. 1 es un delito formal o de consumación anticipada, es decir, uno de aquellos cuyo resultado puede o no ocurrir. Lo anterior es así, porque, en esa conducta, el resultado no hace parte del tipo penal y su producción se considera como un mero agotamiento del delito.

Es importante precisar que, antes de lograrse un acuerdo pacífico en torno a la cuestión en comento (el carácter formal de este delito), era una opinión común que el encabezado del art. 1 de la Ley 9613 de 1998 describía un delito material respecto de los verbos “ocultar” y “disimular”, en tanto ambos señalaban un resultado dentro del tipo penal. Con todo, se reitera,

ahora la hipótesis delictiva establecida en el §1 del art. 1 de la ley examinada se reconoce por la mayoría como un delito puramente formal.

### **Consideraciones finales**

En el presente trabajo fueron analizados, teniendo a la vista la regulación brasilera sobre el particular, algunos aspectos de reconocida importancia en materia de lavado de capitales, por ejemplo, la problemática connatural a la enunciación taxativa de los delitos previos contemplados en la redacción original del artículo 1 de la Ley 9613 de 1998, en especial, debido a la falta de definición de algunos de ellos en el ordenamiento local, además de la ausencia notable de otras conductas gravísimas que mueven recursos idóneos para el lavado. En este punto, es innegable que la Ley 12683 de 2012 supone un avance significativo en la lucha contra el lavado, por, entre otras cosas, la apertura del tipo (consecuente con la tercera generación de la legislación antilavado) que permite reconocer cualquier infracción penal como delito previo.

También se advierte un avance en la legislación antilavado al, primero, permitir la denuncia por el delito de blanqueo al margen de la condena por el delito previo; segundo, ampliar la lista de las instituciones obligadas a identificar sus clientes y dar información sobre las operaciones sospechosas; tercero, aumentar la multa por incumplimiento de la Ley de doscientos mil a veinte millones de reales; y, cuarto, posibilitar el decomiso previo de los bienes de los procesados por lavado, así como de los radicados en cabeza de personas interpuestas. Lo anterior demuestra la voluntad del legislador en el sentido de fortalecer la regulación y endurecer las herramientas para combatir y prevenir el lavado de dinero.

Es cierto que la macrocriminalidad organizada evoluciona constantemente, gracias a la inversión que realiza en sí misma, buscando nuevas tecnologías y creando nuevos mecanismos delictivos. Por ello, urge una normalización, a nivel mundial, de los sistemas de información relativos a este delito y el reconocimiento de los bienes jurídicos afectados o golpeados por el mismo. Es imprescindible reforzar con prontitud la política criminal sobre este tema, además de propender por la adición global al combate y la prevención de ese fenómeno.

El problema advertido en este escrito supera las barreras de la política criminal, de las normas jurídicas y de los estudios doctrinales sobre el tema;

sus consecuencias son perjudiciales, devastadoras, y lo que se muestra aún más preocupante es su alcance: se trata de una actividad delictiva que no respeta fronteras.

De esta manera, la única forma de prevenir este delito y de combatirlo adecuadamente, es reconociendo su magnitud y creando una estructura idónea para detectar el delito previo y minimizarlo, desde su origen.

La implementación de políticas públicas, sumada al trabajo conjunto de las autoridades competentes para combatir el blanqueo –dotándolas de recursos financieros, humanos y técnicos adecuados–, la concienciación de las instituciones financieras y el robustecimiento de las normas jurídicas, son iniciativas que, en el mediano plazo, podrían surtir algún efecto positivo concreto en orden a disminuir esta forma de criminalidad tan dañina para la sociedad.

## Referencias

- Baltazar, J. (2006). Lavado de dinero (Ley nº 9613 de 1998). En *Crimens Föderais. Porto Alegre: Livraria do Advogado*. Recuperado de <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006\\_Lavado%20de%20dinero%20%28Ley%20n.%209.613-98%29.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21975/2006_Lavado%20de%20dinero%20%28Ley%20n.%209.613-98%29.pdf?sequence=4)><acceso em: jan/2015>
- Barros, M. (2004). Lavado de capitales e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Ley 9613 de 1998. *Revista dos Tribunais*.
- Braga, R. (2013). *Lavado de dinero. Fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. Curitiba: Juruá.
- Braga, R. & Martins, F. (2014). Blanqueo de capitales y el tráfico de drogas en la *deep web*: el avance de la delincuencia virtual. En Vidales (Coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, (pp. 405-424). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Braga, R. & Deodato, F. (2013). La lucha contra el fenómeno del blanqueo de capitales como necesaria protección del libre desarrollo del orden socioeconómico. En Baroni & Cardona (Coords.), *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete: Bomarzo.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Recuperado de <<http://www.planalto.gov.br>> <acceso em: jan/2015>
- Brasil. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Recuperado de <<http://w.planalto.gov.br/ccivil/decreto-Ley/Del3689.htm>> <acceso em: jan/2015>
- Brasil. *Decreto-Ley nº. 2848, de 07.12.1940. Código Penal*. Recuperado de <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Ley/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Ley/del2848.htm)> <acceso em: jan/2015>



- Brasil. *Ley nº 9613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavado” ou ocultação de bienes, derechos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Ley; cria o Conselho de Controle de Actividades Financeiras – COAF, e dá outras providências.* Recuperado de <<http://www.planalto.gov.br>>. <acesso em: jan/2015>
- Brasil. *Ley nº 12683, de 9 de julho de 2012. Altera a Ley nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavado de dinero.* Recuperado de <<http://www.planalto.gov.br>>. <acesso em: jan/2015>
- D’Avila, F. (1999). A Certeza do Crimen Antecedente como Elementar do Tipo nos Crimes de Lavado de Capitales. *Boletim IBCCrim*, 79, 4-5. Recuperado de [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22148/1999\\_A%20certeza%20do%20crimen%20antecedente%20como%20elementar%20do%20tipo%20-%20crimens%20de%20lavado.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22148/1999_A%20certeza%20do%20crimen%20antecedente%20como%20elementar%20do%20tipo%20-%20crimens%20de%20lavado.pdf?sequence=1) <acesso em: jan/2015>
- Delmanto, R., Delmanto, R. Jr., & Delmanto, F. (2006). *Leys penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Langenegger, N. (2009). *Responsabilidade penal da persona jurídica: O ordenamento jurídico está preparado para reconhecê-la?* Recuperado de <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/mo\\_nografia/157\\_Monografia%20Natalia%20Langenegger.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/mo_nografia/157_Monografia%20Natalia%20Langenegger.pdf)><acesso em: jan/2015>
- Mendroni, M. (2006). *Crimen de lavado de dinero*. São Paulo: Atlas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal – Parte General*. Madrid: Civitas.
- Ruiz, C., Vargas, R., Castillo, L., & Cardona, D. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



## BLANQUEO, ¿QUÉ ES BLANQUEO?\*

*Caty Viales Rodríguez\*\**

### Introducción

Con esta pregunta, en modo alguno inocente, se pretende llamar la atención acerca de la paulatina expansión que ha ido experimentando el delito de blanqueo de capitales y que crea el peligro de que se vean sancionadas penalmente conductas muy alejadas de las razones político-criminales que avalaron la introducción de esta figura en el Código Penal español que, según Silva (2011), giraban en torno a los efectos criminógeno, anti-competitivo y de impedir el incremento de poder de las organizaciones criminales (p. 133). Y si bien es verdad que ese riesgo siempre ha existido dada la fórmula legislativa empleada, no es menos cierto que la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5 de 2010, de 22 de junio, lo incrementa hasta extremos que ni siquiera la importancia que ha adquirido esta manifestación de la delincuencia puede justificar.

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España bajo el título “Tráfico de drogas y delincuencia conexas” (DER2011/29945) y ha sido publicado en *Revista General de Derecho penal*, nº 18 (2012).

\*\* Profesora de Derecho Penal en la Universidad Jaume I de Castellón, España.

En efecto, cuando al final de la década de los 80 comenzó a extenderse la preocupación por el blanqueo de capitales, en aquel entonces estrechamente vinculado al delito de tráfico de drogas, nada hacía presagiar que llegara a adquirir el innegable protagonismo del que goza en la actualidad. Para dar una idea de la trascendencia del fenómeno y, con la cautela que impone la dificultad de manejar cifras fiables al respecto, baste pensar que se estima que a nivel mundial se blanquean unos 600.000 millones de dólares de procedencia ilícita por año (Braslavsky, s.f.) y, según cálculos del Fondo Monetario Internacional, entre el 2 % y el 5 % de la economía mundial procede del lavado (International Monetary Fund, 2011). A ello hay que añadir la práctica imposibilidad de distinguir la economía legal de la ilegal. En atención a las cifras barajadas por Curbert (2004), en los mercados financieros se mueven 1,3 billones de euros diarios mientras que las exportaciones mundiales de bienes y servicios no sobrepasan los 18.000 euros al día, por lo que, como puede verse, el flujo de capitales está completamente desconectado de la economía real. De ahí que sea fácil inferir que la economía legal y la delictiva aparecen imbricadas de tal modo que utilizan los mismos mecanismos y comparten, asimismo, idénticas técnicas. Se crea así una economía virtual en la que una infinidad de sociedades pantalla, de bancos infiltrados por organizaciones criminales, de empresas ficticias o bajo control mafioso comercian, intercambian y trafican entre sí, dando la falsa impresión de una racional armonía, en la que cada operación tiene su credibilidad natural (Curbert, 2004).

Debido a la magnitud del problema y a su innegable conexión con el crimen organizado ha sido calificado de auténtica amenaza (Sanmartín, 2009). No es para menos a la vista de los daños y perjuicios que puede ocasionar, puestos de manifiesto por González (2013) y que, entre otros, puede llegar a erosionar los principios del Estado de derecho. Si, como acertadamente afirma el citado autor, nos encontramos ante una de las mayores amenazas a nuestra seguridad (González, 2013), pocas dudas pueden albergarse respecto de que requiere de una solución integral pues las estrategias convencionales han demostrado, hasta ahora, escasa eficacia.

Ello puede deberse, en opinión de Curbert (2004), al extraordinario contraste entre la flexibilidad y la rapidez del crimen organizado global para adaptarse y transformarse en un escenario sin fronteras y los instrumentos

policiales con los que se pretende hacer frente, a los que califica de oxidada ortopedia. Además, conviene tener presente, como el propio autor señala, que una represión eficaz de la delincuencia organizada y del blanqueo, vendría a cuestionar los principios que rigen la globalización financiera en tanto que sistema autorregulado al margen de todo tipo de control cívico (Curbert, 2004; Enzensberger, 2009).

En este contexto, el tradicional y manido recurso al derecho penal cobra una nueva perspectiva. Es cierto que la comunidad internacional ha mostrado una gran inquietud por prevenir y castigar estas conductas. Y no solo coincide en el deseo de atajar esta forma de delincuencia, sino que existe cierto acuerdo en definir el blanqueo como un proceso que, básicamente, consiste en dar una apariencia de licitud a los bienes que proceden de una actividad delictiva haciéndolos aparecer como de lícita obtención; en otros términos, se trata de incorporar al tráfico económico legal bienes obtenidos mediante la comisión de delitos. Del mismo modo, hay coincidencia respecto de señalar que, para lograr tal objetivo, los bienes atraviesan distintas fases, aceptándose usualmente la definición elaborada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que distingue tres. La primera de ellas, conocida como *sustitución o colocación*, se caracteriza por la transformación de unos bienes en otros con el fin de evitar sospechas acerca de su procedencia o de facilitar su manejo. En la segunda fase, *ocultación o transformación*, se pretende borrar el rastro de la previa sustitución que ha tenido lugar. Por último, cuando los bienes aparecen ya totalmente desvinculados de su origen ilícito, estaríamos ante la tercera de las etapas, que recibe el nombre de *reinversión o integración* y en la que los bienes son incorporados al flujo económico legal.

Al margen de otras clasificaciones alternativas (Prieto, García y Martín, 2010), lo cierto es que no en todos los casos de blanqueo concurren las tres etapas señaladas antes; ni tampoco, cuando se dan, siguen la secuenciación descrita. Lo que sí parece incuestionable es que cuanto más avanzado esté el proceso legitimador más difícil ha de resultar su persecución. Tal vez, por ello, se explica la “uniformidad legislativa” a la hora de castigar las fases más tempranas de este fenómeno; esto es, la conversión o la transferencia de bienes procedentes de una actividad delictiva y la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o derechos relativos a tales bienes.

Estos también son los comportamientos que se incriminan en la legislación penal española, si bien es preciso advertir ya en estas consideraciones introductorias que las reiteradas reformas sufridas por esta figura y el empleo de una técnica legislativa escasamente respetuosa con las exigencias derivadas del principio de legalidad, han supuesto una constante ampliación de su ámbito de aplicación y un encendido debate doctrinal y jurisprudencial acerca de las conductas que deben entenderse incluidas en el confuso artículo 301 del Código Penal. Como tendremos ocasión de ver en lo que sigue, la dicción literal del citado precepto posibilita, de un lado, un concepto de blanqueo desnaturalizado y, de otro, provoca el solapamiento con los más tradicionales delitos de receptación y encubrimiento cuyo deslinde resulta absolutamente necesario si se atiende a las diferentes consecuencias penales que derivan de una u otras infracciones.

A clarificar estos aspectos poco contribuye la ya aludida reforma del Código Penal. Así es por cuanto reintroduce como modalidades típicas la posesión y la utilización de bienes que procedan de una actividad delictiva. La posibilidad de castigar estos comportamientos aparece contemplada en los textos normativos internacionales y, por ello, ya fueron constitutivos de delito hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Ahora bien, las críticas que entonces merecieron no solo siguen vigentes, sino que, si cabe, cobran mayor importancia tomando en consideración que, a diferencia de la situación pretérita, se prevé expresamente que pueda ser considerado autor de un delito de blanqueo quien lo ha sido de la actividad delictiva que origina los bienes involucrados. Así las cosas, no es difícil vaticinar que la reforma que se comenta puede propiciar una aplicación desmesurada, cuando no aberrante, del delito de blanqueo y hace aún más perentoria la advertida necesidad de su delimitación respecto de otras figuras con las que presenta, o al menos así me lo parece, un innegable parentesco. Pero, antes de abordar tales cuestiones, se hace preciso hacer una referencia –necesariamente breve– tanto a los textos normativos internacionales como a la evolución histórica que ha experimentado esta figura en la legislación española porque solo así se estará en condiciones de valorar el alcance de la decisión legislativa ahora adoptada.

Cuestión distinta es determinar la legitimidad de la intervención punitiva, cuando, como es el caso, no se cuenta con una regulación administrativa

adecuada. Asiste la razón a González (2013) cuando afirma que en este ámbito resulta necesaria:

Una normativa fiscal, tributaria, financiera y aduanera precisas, de modo que contribuyan a la prevención, disuasión y vigilancia de la actividad económica, y procuren reducir los márgenes de opacidad, los circuitos de dinero negro, la economía sumergida y el aprovechamiento de las normas para el fraude (p. 219).

Siendo de especial importancia la articulación de normas y organismos que efectúen un control real y efectivo sobre el lavado de capitales para lo que, sin duda, resulta imprescindible contar con una fuente de información independiente de las entidades supervisadas. Y, ante estas significativas carencias, la creación de tipos penales que no sean absolutamente irreprochables desde la óptica de los principios fundamentales de un Estado de derecho, no parece una decisión político-criminal conveniente.

### **El blanqueo en los textos normativos internacionales<sup>1</sup>**

El primer texto de inexcusable referencia es la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988. En su art. 3.1. b) obliga, en primer lugar, a tipificar la conversión o transferencia de bienes que procedan de un delito relacionado con el tráfico de drogas con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias jurídicas; y, en segundo lugar, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a estos bienes. En ambos casos, como no podía ser de otro modo, se exige que el sujeto tenga conocimiento de dicha procedencia.

El apartado c) de ese mismo artículo dispone que se sancionará penalmente la adquisición, la posesión o la utilización de tales bienes cuando se conozca el origen delictivo en el momento de recibirlos, pero a diferencia de los supuestos anteriores, interesa destacar que debe hacerse a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. Es precisamente esta cláusula la que permite afirmar la

---

<sup>1</sup> Desde esta perspectiva puede verse: Abel, 2002; Blanco, 1997, p. 103; Vidales, 1998.

menor importancia de estas conductas respecto de lo que podríamos denominar actos de blanqueo en sentido estricto.

La necesidad de ampliar el catálogo de delitos que pueden dar origen a una posterior responsabilidad penal a título de blanqueo ha motivado que tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo el 13 de diciembre de 2000, como la Convención de ese mismo organismo contra la Corrupción, firmada en Mérida el 9 de diciembre de 2003, incluyan una referencia a este delito (arts. 6 y 23 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de la Convención contra la Corrupción, respectivamente). En ambos casos se sigue, con una redacción prácticamente idéntica, el criterio mantenido por su antecedente inmediato distinguiendo las conductas de obligada tipificación de aquellas otras cuya inclusión en los textos punitivos aparece condicionada; si bien, respecto a éste incorporan una importante diferencia que no puede pasar inadvertida. Me refiero a la posibilidad de que los Estados parte no sancionen el blanqueo respecto de quienes han cometido el delito que origina los bienes, si así lo requieren los principios fundamentales de cada ordenamiento [apartado e) del artículo 6 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y apartado e) del artículo 23 de la Convención contra la Corrupción].

Esta uniformidad no se sigue en el ámbito de la Unión Europea. Así es por cuanto que mientras el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, más conocido como Convenio de Estrasburgo de 1990, equiparaba en el apartado c) del artículo 6.1.) todos los actos de blanqueo a efectos de su sanción penal, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia, el 16 de mayo de 2005, opta en su artículo 9 por hacer una distinción entre los comportamientos de ineludible incriminación –blanqueo en sentido estricto– y los que se tipificarán con sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran la adquisición, posesión y uso de los bienes conociendo su ilícito origen en el momento de su recepción. En lo que sí coinciden ambos Convenios es en contener una previsión acerca de la facultad de no castigar penalmente el blanqueo llevado a cabo por los responsables de la infracción principal



[artículo 6.2. b) del Convenio de Estrasburgo y artículo 9.2. b) del Convenio de Varsovia].

En cambio, a la hora de definir el blanqueo de capitales a efectos de prevenir que el sistema financiero sea utilizado a tal fin, las Directivas que hasta la fecha se han aprobado [Artículo 1. c) de la Directiva del Consejo del 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (91/308/CEE); artículo 1. c) de la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 4 de diciembre de 2001; artículo 1.2 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; y la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo] manejan idéntico concepto de blanqueo y abogan por un entendimiento amplio que incluye la adquisición, posesión o utilización de bienes con conocimiento de su procedencia en el momento de recibirlos (Ferré, 2009, p. 163).

De este escueto repaso de la normativa internacional, tres son los aspectos que interesa destacar. En primer lugar, que se establece a efectos penales una distinción entre los actos de blanqueo cuya tipificación es obligatoria de conformidad, como no podía ser de otro modo, con los principios fundamentales de su derecho interno y aquellos otros (adquisición, posesión y utilización) que suponen un mero aprovechamiento de los mismos y cuya incriminación está sujeta a los conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico y limitada a que se tenga conocimiento del origen delictivo de los bienes en el momento de su recepción.

En segundo lugar, que el delito de blanqueo en su concepción estricta engloba dos tipos de conducta. La primera de ellas, la conversión y transferencia de bienes, sabiendo que proceden de la comisión de determinados delitos y que, además, debe ir enderezada a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o a auxiliar a los responsables de la comisión del delito previo para que eludan las consecuencias jurídicas de sus actos. La segunda, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales de los bienes producto del delito.

Finalmente, es de destacar la potestad que se confiere de excluir del ámbito de posibles sujetos activos a los responsables del delito que originan los bienes involucrados. La razón que explica esta previsión no puede ser otra que la naturaleza encubridora –o receptadora para los actos que integran el blanqueo en sentido amplio– que evidencia la descripción de las conductas objeto de penalización.

## **El blanqueo de capitales en la legislación penal española**

### **Evolución histórica.**

En consonancia con la normativa internacional, el delito de blanqueo nació profundamente vinculado al delito de tráfico de drogas al configurarse como una forma específica de receptación que castigaba a quien recibiese, adquiriese o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias procedentes de la comisión de un delito relacionado con el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Como puede verse, pese a la equiparación que se hacía en el preámbulo de la Ley Orgánica 1 de 1988, del 24 de marzo (Díez, 1989; Prieto, 1988), entre el comportamiento entonces tipificado y el blanqueo, es evidente que lo que en esa ocasión se sancionó era el mero aprovechamiento de dichos bienes y no el proceso dirigido a enmascarar el origen delictivo del producto del delito en el que este consiste. De ahí que, cuando meses más tarde, se aprobó la Convención de Viena, el legislador español se vio en la necesidad de modificar nuevamente el texto punitivo para dar cumplimiento al compromiso internacional contraído. Esta reforma tuvo lugar por medio de la Ley Orgánica 8 de 1992, del 23 de diciembre que, entre otras importantes novedades, incorpora, ahora sí, el delito de blanqueo de capitales; aunque optó por mantener el reproche penal de las conductas receptoras (Díez, 1994; Vidales, 1993).

La entrada en vigor del Código Penal de 1995 supuso un nuevo enfoque (Blanco, 1997; Carpio, 1997; Díaz-Maroto, 1999; Fabián, 1998; Faraldo, 1998; Gómez, 1996; Vidales, 1997). Así es por cuanto que modificó su ubicación sistemática y la figura que se comenta dejó de alojarse junto al resto de conductas referidas al tráfico de drogas, para pasar a integrar –con las consecuencias dogmáticas que de ello derivan– los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y, más concretamente, estrechamente vinculada al delito de receptación. El cambio operado posibilitó una notable ampliación

debido a que los delitos que le servían de referencia no se veían limitados ya a aquellos relacionados con el narcotráfico, sino que se incriminó el blanqueo de bienes que procediesen de la comisión de cualquier delito, con la única restricción de que merecieran la calificación de grave. Es de señalar, asimismo, que supuso la destipificación del mero aprovechamiento de tales bienes; no obstante, la adquisición de los mismos pasó a ser considerada una modalidad de blanqueo, al mencionarse en el apartado primero del artículo 301 junto a la conversión y a la transmisión de éstos.

Un paso más en esta progresiva expansión lo constituye la modificación sufrida como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 15 de 2003, del 25 de noviembre. En esta ocasión se eliminó la exigencia de que el delito precedente hubiera de ser grave lo que, en consecuencia, permitió que la comisión de cualquier delito pueda servir de referencia para un posterior acto de blanqueo con relevancia penal (Abel, 2005). La razón de tal proceder debe verse en el hecho de que la práctica permitió constatar que había determinadas manifestaciones de la delincuencia que, pese a ser capaces de generar una ingente cantidad de beneficios económicos, no se consideraban graves y, por tanto, veían vedada la posibilidad de sancionar el blanqueo de los bienes procedentes de tan lucrativas actividades. No creo, sin embargo, que el propósito de evitar estos desajustes justifique una medida como la adoptada. Antes al contrario, genera mayores inconvenientes. Dejando a un lado que compromete significativamente la vigencia del principio de intervención mínima, piénsese que elimina el único criterio que permitía una distinción –eso sí, no todo lo nítida que debiera– entre los delitos de blanqueo, encubrimiento y receptación. Pero es que, además, supone un contrasentido respecto de la regulación administrativa difícil de entender.

En efecto, la Ley 19 de 1993, del 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, que transpuso la Directiva 91/308/CEE, no se limitaba a los bienes que procedían de un delito relativo al tráfico de drogas, sino que extendía su ámbito de aplicación al terrorismo y a la delincuencia organizada para, posteriormente, referirse a cualquier delito castigado con pena de prisión superior a tres años, tras la reforma operada en la misma por la Ley 19 de 2003, del 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. En consecuencia, y a pesar de la cercanía temporal

que media entre ambas reformas, tenemos que la comisión de cualquier delito puede generar responsabilidad penal a título de lavado, mientras que las obligaciones de información y colaboración impuestas a los sujetos incluidos en la ley de prevención del blanqueo de capitales, se refieren únicamente a bienes procedentes de delitos graves; lo que, ni que decir tiene, contradice abiertamente el carácter de *ultima ratio* que debiera tener el derecho penal.

**La reforma operada mediante la Ley Orgánica 5 de 2010, del 22 de junio.**

Esta ley introduce importantes modificaciones en relación con el delito de blanqueo, comenzando por su propia denominación, que deja de considerarse una conducta afín a la receptación, para acoger el término que junto con el de lavado, se emplea tanto en la normativa internacional como en las diferentes legislaciones nacionales. En segundo lugar, se sustituye la exigencia de que los bienes tengan su origen en un delito por la de que procedan de una actividad delictiva. En tercer lugar, no se limitan los supuestos que pueden dar lugar a una responsabilidad agravada a los delitos relacionados con el tráfico de drogas, sino que se amplía a determinadas modalidades de corrupción y a algunos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Por último, se señalan las penas a imponer en el supuesto de que sea responsable de la comisión del delito una persona jurídica (Abel, 2001; Alfonso, 2010; Gallego, 2011; Manjón-Cabeza, 2010; Quintero & Morales, 2011; Zaragoza, 2011).

Al margen de lo anterior, las novedades, sin duda, de mayor calado y las únicas a las que aquí se va a hacer referencia por ser las que están directamente relacionadas con el tema propuesto son las que se refieren, de una parte, a la reintroducción de la posesión y utilización como modalidades típicas de blanqueo y, de otra, a la posibilidad de que quien ha llevado a cabo la actividad delictiva de la que los bienes proceden pueda ser considerado autor de un delito de blanqueo.

***La posesión y utilización de bienes procedentes de una actividad delictiva como actos de blanqueo.***

A la vista de las transformaciones sufridas por el delito de blanqueo desde su primera introducción en el Código Penal español y del paulatino

incremento del ámbito de aplicación que ha experimentado, tal vez no deba extrañar la reintroducción de las conductas de poseer y de utilizar bienes de ilícita procedencia como constitutivas de un delito de blanqueo. Como ha quedado expuesto, ya merecieron un reproche penal hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Si bien es preciso advertir que, en aquella ocasión, el legislador distinguió las conductas consistentes en la disimulación del origen delictivo de los bienes de aquellas otras que suponen su mero aprovechamiento, aunque, a pesar a la distinta entidad de unas y otras, se equiparaban al hacerlas merecedoras de idéntica sanción.

Se opta, ahora, en cambio, por incorporar la posesión y utilización de tales bienes a los actos de blanqueo propiamente dicho, por tanto, junto a la adquisición, conversión o transmisión de los mismos, cuando lo cierto es que entre estos comportamientos median importantes diferencias. Dado que la decisión legislativa aparece huérfana de toda explicación, pues en el preámbulo no hay referencia alguna a los sustanciales cambios operados, no podemos sino conjeturar las razones que subyacen a la misma. Así, esta podría obedecer al deseo de unificar el concepto penal de blanqueo con el que, en el ámbito administrativo, establece la Ley 10 de 2010, del 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que transpone la Directiva 2005/60/CE y cuya finalidad no es otra que la de proteger el sistema financiero y determinados sectores de la actividad económica. A tal propósito amplía el círculo de sujetos obligados, imponiéndoles una serie de obligaciones de control e información –ciertamente polémicas por cuanto comprometen la vigencia del secreto bancario y profesional– y su inobservancia conlleva la imposición de sanciones administrativas (Aliaga, 2010; Vega, 2011).

Como ya hicieran los dos textos que le sirven de precedente (Ley 19 de 1993, del 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su posterior reforma mediante la Ley 19 de 2003, del 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales), el artículo 1.2 de la misma, considera blanqueo a los efectos de dicha ley, entre otras actividades, la adquisición, posesión o utilización de bienes conociendo, en el momento de recibirlos, su procedencia delictiva.

Desde luego, es posible que evitara muchas disfunciones el hecho de que se armonizara la definición del blanqueo en cuanto a la prevención y sanción del mismo, pero, si como digo, era este el deseo del legislador, me temo que no se haya conseguido. Así es por cuanto que, a efectos administrativos, en consonancia con la normativa internacional, la conversión o transferencia de bienes únicamente es relevante cuando obedece a la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos [artículo 1.2. a) Ley 10 de 2010]; mientras que la adquisición, posesión o utilización de bienes no requiere ánimo alguno, bastando con que se conozca la procedencia delictiva de los mismos en el momento de su recepción [artículo 1.2. c) Ley 10 de 2010].

Sin embargo, no es esa la conducta descrita en el apartado primero del artículo 301 del Código Penal. Como he tenido ocasión de ocuparme en otro lugar (Vidales, 1997, p. 95), la confusa redacción de este precepto propicia al menos dos interpretaciones distintas. Según la primera de ellas, el referido precepto alberga dos comportamientos distintos: la adquisición, conversión o transmisión –ahora también, la posesión o utilización– de bienes procedentes de una actividad delictiva con conocimiento, claro está, de ese origen; el segundo, la realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (Abel, 2005, p. 94; Abel, 2009, p. 187; Gómez, 1996, p. 51; Vidales, 1997). En este mismo sentido, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 9 de octubre de 2004, 1 de marzo de 2005 o de 4 de junio de 2007, aunque distinguen en el apartado primero del artículo 301 tres conductas distintas: adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave; realizar actos que procuren ocultar o encubrir este origen y realizar actos para ayudar a quien ha realizado el delito base a eludir las consecuencias legales que de él se derivan.

Para la segunda exégesis, la conducta típica consiste en ocultar o encubrir, constituyendo la adquisición, conversión o transmisión meros ejemplos de cómo llevar a cabo la conducta favorecedora; de tal modo que la realización de dichas conductas sin que se persiga la finalidad explicitada carecería de relevancia penal (Blanco, 1997, p. 173; Carpio, 1997, p. 167; Díaz-Maroto, 1999, p. 15; Fabián, 1998, p. 360; Zaragoza, 2011, p. 1157). Este es,

asimismo, el parecer del Tribunal Supremo manifestado, entre otras, en su sentencia de 22 de julio de 2003.

Como resulta obvio, el ámbito de aplicación del referido precepto difiere considerablemente en atención a la interpretación por la que se opte y que, en todo caso, ha de venir condicionada por el interés que se entienda tutelado por la norma. Desde esa perspectiva, a mi modo de ver, presenta serios inconvenientes admitir que se sanciona la ocultación o encubrimiento de bienes de procedencia delictiva y, simultáneamente, entender –como así lo avala su ubicación sistemática– que estamos ante un delito puramente socioeconómico. Según creo, y no se trata más que de una opinión, el orden socioeconómico se resiente por la inyección de bienes procedentes de la comisión de delitos que es lo que causa distorsiones en el flujo de la economía legal y afecta a la libre competencia y al mercado, sin que nada añada a este atentado la finalidad perseguida por el sujeto que, en consecuencia, debería ser indiferente.

Además, y no se trata de una objeción menor, debe tenerse en cuenta que, de ser así, el solapamiento con el encubrimiento sería innegable y, por ese motivo, difícil de justificar el dispar tratamiento penológico que reciben ambas figuras. Precisamente, atendiendo a este y a los intereses económicos que fundamentarían una respuesta penal más severa, no parece improcedente concluir que el legislador español configura el tipo de blanqueo como un delito pluriofensivo que junto a intereses socioeconómicos toma en consideración la afección que esta conducta puede suponer para la Administración de Justicia (Abel, 2005, p. 83; Vidales, 1997, p. 91).

La reforma ahora operada parece avalar la primera de las tesis expuestas al admitir, como tendremos ocasión de ver con más detenimiento posteriormente, la posibilidad de autoblanqueo en relación con las conductas enumeradas en el primer inciso, pero excluyendo las conductas claramente encubridoras. Ahora bien, de ser ciertas estas consideraciones, no lo es menos que se estaría abogando en favor de un concepto de blanqueo *sui generis* que se aparta de su configuración a nivel internacional y de la redacción que, siguiendo esta, se había adoptado en nuestro país hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Y, lo que aún genera mayor preocupación, se corre el riesgo advertido por Carpio (2011) de que se amplíe desmesuradamente el ámbito de aplicación

de tan polémico precepto. Con el fin de evitar que así ocurra, formula una interpretación restrictiva según la cual la realización de tales conductas ha de ir necesariamente encaminada a ocultar o encubrir el origen ilícito o a auxiliar a los responsables de la actividad delictiva de la que los bienes derivan (p. 9).

Siendo loable el intento por recortar la eficacia de esta disposición, creo, sin embargo, que a la inclusión de los referidos comportamientos no puede dispensársele una buena acogida, sea cual sea la interpretación por la que se opte. Así, si a pesar de los serios inconvenientes que se han puesto de manifiesto, se acoge la teoría restrictiva, la referencia a la posesión y a la utilización de bienes resultaría absolutamente superflua dado que estas conductas ya tendrían acomodo en la abierta –y por ello censurable– alusión a “cualquier otro acto” que contiene el artículo 301.1 del Código Penal. Pero es que, además, no puede desconocerse que la realización de tales comportamientos no tiene por qué suponer enmascaramiento alguno. A diferencia de los otros verbos rectores, en este caso, no hay un distanciamiento entre los bienes y su delictivo origen ni, por las mismas razones, ha de suponer necesariamente el auxilio a los responsables del delito del que proceden éstos.

Si, por el contrario, se estima preferible la interpretación alternativa –esto es, considerar que integra el tipo la realización de estos comportamientos sin que se exija la persecución de finalidad alguna–, procederá cuestionarse si la mera posesión o utilización de bienes de procedencia delictiva reviste en todo caso entidad suficiente como para entender que supone, al menos, la puesta en peligro del orden socioeconómico. Y más, cuando, a diferencia de otras infracciones socioeconómicas, no se establecen límites cuantitativos que permitan evitar que recaigan sentencias condenatorias por hechos de escasa trascendencia económica, como ya ocurriera antes de que el Código Penal de 1995 desincriminara estas conductas.

Así las cosas, habrá que concluir que si la modificación que se comenta obedecía al deseo de unificar la definición de blanqueo a efectos penales y administrativos no solo no se ha conseguido, sino que produce unos claros efectos perturbadores. Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que no hay obstáculo alguno para que la posesión y utilización de bienes de procedencia delictiva quede sometida a rigurosos controles con el fin de que, siguiendo lo que se ha dado en llamar huella o rastro de los mismos, se llegue



a la averiguación y represión del delito previamente cometido y, en su caso, al decomiso de lo ilícitamente obtenido sin que esas conductas tengan por qué comportar la imposición de una sanción penal.

Cuestión distinta es que la inclusión de estas conductas no obedeciera al propósito indicado, sino al de castigar el mero aprovechamiento de bienes procedentes de una actividad delictiva. Si así fuese, no dejaría de resultar paradójico que se inculpe una conducta de similar alcance a la receptación justo cuando el blanqueo deja de configurarse como una conducta afín a ésta para adquirir sustantividad propia. Y siguiendo con la comparación, no puede dejar de denunciarse la perplejidad que provoca el hecho de que, a diferencia de aquella, ahora se opte por incluir, como ya se ha anunciado, entre los posibles sujetos activos al responsable del delito que origina los bienes. Innecesario me parece insistir en que dicho disfrute ha de quedar copenado en la infracción previa si no se quiere comprometer la vigencia de importantes principios como el *ne bis in idem* o el de proporcionalidad.

Pero ni siquiera respecto de los terceros ajenos al delito fuente resulta fácil de justificar el acierto de la medida. Haciendo uso, una vez más, del paralelismo con la receptación, cabe recordar que el receptor recibe los efectos procedentes del delito y, de ese modo, dificulta o impide la recuperación de los mismos por parte de su legítimo propietario; sin embargo, en el supuesto que nos ocupa, el sujeto se estaría aprovechando de unos bienes que están originados por una actividad delictiva pero que pueden no ser —y, de hecho, será lo más probable— efectos del mismo, sino su producto. Por lo que asiste la razón a Quintero (2010) cuando afirma que lo que se está castigando es la posesión injustificable de bienes frente a la que el comiso y la receptación civil pueden constituir una alternativa preferible y menos evocadora de un siempre peligroso derecho penal de autor.

***El autor de la actividad delictiva que origina los bienes como posible autor de un delito de blanqueo.***

Ciertamente, uno de los aspectos más polémicos en relación con el delito de blanqueo ha sido el de determinar si el autor del delito del que proceden los bienes puede ser, a su vez, castigado por la realización de las conductas blanqueadoras. La doctrina mayoritaria defiende la doble inculpe empleando como principal argumento la diversidad de los bienes jurídicos

afectados: el atacado por la infracción principal y el orden socioeconómico como objeto de tutela de la conducta postdelictiva (Aránguez, 2000, p. 174; Blanco, 1997, p. 502; Carpio, 1997, p. 231; Faraldo, 2008). A otra conclusión se ha de llegar, sin embargo, si se admite que el blanqueo presenta una naturaleza encubridora y, en consecuencia, se toma en consideración el atentado que las conductas legitimadoras implican para la Administración de Justicia (Vidales, 1997, p. 110). A medio camino entre ambas posturas se sitúan aquellos autores que admiten la genérica posibilidad del autoblanqueo, pero admiten excepciones basadas en la realización de determinadas modalidades de conducta.

Pues bien, el legislador, lejos de hacer uso de la facultad conferida en los textos internacionales de excluir del ámbito de posibles sujetos activos a los responsables de la infracción previa, admite expresamente esta posibilidad zanjando de este modo la polémica doctrinal y, lo que era menos inocuo, poniendo fin a una jurisprudencia oscilante que no hacía sino evidenciar la dificultad de dar a estos supuestos una solución plenamente satisfactoria.

Aunque recientemente el Tribunal Supremo ha matizado qué debe entenderse por autoblanqueo, hay sentencias importantes –como las de 10 de enero de 2000, 19 de febrero de 2002 o 17 de junio de 2005– en las que dicho órgano mantiene la imposibilidad del castigo por blanqueo al autor del delito del que los bienes derivan, al considerarlo un supuesto de autoencubrimiento impune. En otras, en cambio, afirma que para impedir la doble imposición ha de apreciarse una identidad absoluta entre la comisión del delito y los bienes que, procediendo de éste y no de otras actividades delictivas anteriores, son objeto de blanqueo –STS del 28 de julio de 2001–. Finalmente, en otras ocasiones, invoca razones teleológicas y de eficacia para estimar un concurso real de infracciones –STS del 21 de diciembre de 2005–. Y, este último es el criterio que se adopta en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 18 de julio de 2006, en el que se afirma que el artículo 301 “no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

En cualquier caso, nada puede oponerse respecto al hecho de que sea una decisión legislativa la que determine el tratamiento que deba dársele a esta cuestión. Evidentemente, tal proceder resulta mucho más respetuoso con las exigencias derivadas del principio de legalidad que la delegación en el juzgador de tal cometido y máxime cuando, como es el caso, no existe un

criterio unívoco; sin embargo, a la vista de las consideraciones que pueden efectuarse, no se trata de un remedio exento de objeciones.

En primer lugar, la posibilidad que se comenta aparece limitada en relación con algunas conductas típicas, descartando su eficacia respecto de quien, habiendo cometido el delito principal, realiza cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. Las razones de esta exclusión no pueden ser otras que el claro parentesco de esta modalidad delictiva con el encubrimiento –la mayor parte de la doctrina afirma un concurso de normas entre ambas infracciones (Aránguez, 2000, p. 365; Blanco, 1997, p. 320; Carpio, 1997, p. 367; Díaz-Maroto, 1999, p. 36; Gómez, 1996, p. 43; Vidales, 1997, p. 151)<sup>2</sup>– y el tradicional entendimiento de la imposibilidad de sancionar penalmente el autoencubrimiento, ya se considere un acto copenado, ya se entienda que es inexigible un comportamiento distinto. Y, lógicamente, nada hay que objetar a que así sea.

Tenemos, por tanto, que la posibilidad de autoblanqueo queda reducida a las conductas típicas enumeradas en el primer inciso del apartado primero del artículo 301. Con la precaución a la que obliga la interpretación de una fórmula típica tan imprecisa, la restricción operada parece confirmar, como ya se indicó, la teoría de que en el referido precepto se alojan dos tipos de comportamientos distintos que, por ende, se dirigen a la tutela de intereses también diversos. Los acabados de referir afectarían a la Administración de Justicia, mientras que la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes de procedencia ilícita vendrían a suponer un atentado al orden socioeconómico; de ahí que, al no perseguir finalidad alguna quede expedita la vía de la concurrencia de sanciones, bastando únicamente el conocimiento del origen delictivo que, desde luego, nadie tiene mejor que quien ha cometido el delito que los produce. Sin embargo, un análisis más detenido de las conductas que, en principio, permiten la doble incriminación obliga a matizar esta primera y, por tanto, quizás un tanto apresurada, conclusión.

A tales efectos, conviene efectuar la distinción con la que operan los textos normativos internacionales a los que se ha hecho referencia, dado que

---

<sup>2</sup> Así ha sido entendido, asimismo, en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo; baste citar, a título de ejemplo, las STS del 19 de febrero de 2002 o 4 de junio de 2007.

el elenco de conductas que contiene no es susceptible de reducirse a una problemática común. De este modo, siguiendo el orden empleado por el legislador español, integrarían el primer grupo aquellos comportamientos que, sin tener por qué suponer un distanciamiento entre el producto del delito y su autor, suponen un aprovechamiento de los mismos. En segundo lugar, tendríamos los actos de blanqueo en sentido estricto que, por los verbos rectores empleados –convertir o transmitir– sí suponen el disimulo o enmascaramiento de su origen delictivo.

Comenzando por los primeros, cabe decir que el sujeto adquiere el bien en cuestión con la comisión del delito principal, ya se trate de los efectos que de él proceden o del producto que se obtiene. De este modo, parece innegable que la adquisición forma parte del agotamiento de la infracción previa. Lo mismo sucede respecto de la posesión y la utilización de dichos bienes. Por lo que se hace difícil conceder relevancia penal a la fase del agotamiento sin que resulte vulnerado el principio *ne bis in idem*. Para salvar este importante escollo Quintero (2010) propone que únicamente se aplique el artículo 301 cuando sea imposible sancionar el delito previo (p. 20).

Pero, ni siquiera esta restricción permite evitar resultados insatisfactorios en todos los casos, dado que el delito de blanqueo pasaría a ser una suerte de tipo comodín que se aplicaría, por ejemplo, cuando las dificultades probatorias impidieran el castigo del delito-fuente, ya que podría resultar más sencillo demostrar la existencia de un patrimonio que se presume ilícitamente obtenido, que probar la comisión de la infracción previa. En este sentido, Muñoz (2008) advierte del peligro de que el blanqueo quede convertido en un “cajón de sastre” o se utilice como una calificación alternativa para cualquier otro delito (p. 174).

Falta por ver, además, si también tendrían encaje en esta figura aquellas hipótesis en las que se ha extinguido la responsabilidad penal o existe una causa de exclusión de la pena en relación con el delito previamente cometido porque, de ser así, la indiscriminada aplicación del tipo sería inaceptable e, incluso, político-criminalmente inconveniente al producir un efecto perverso pues, para eludir las graves sanciones que esta figura comporta, bastaría con confesar la falsa comisión de un delito que tuviera señalada una penalidad inferior y explicar, así, la procedencia de los bienes. No obstante, el principal escollo es que se pierda el interés en demostrar el delito efectivamente

cometido toda vez que la imposición de una sanción está asegurada por esta vía indirecta cuando, innecesario es decirlo, un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia exige imponer la pena justa y proporcionada al hecho efectivamente cometido y, en su caso, decomisar los bienes que de él procedan.

Por último, cabe decir que escapa a toda lógica el hecho de que haya conductas que el legislador expresamente excluye del ámbito de aplicación de los delitos de encubrimiento o receptación y que, sin embargo, pueden tener cabida en el tipo de blanqueo. Realmente se hace difícil de entender la imposibilidad de sancionar la conducta más levemente penada y considerarla, en cambio, merecedora del reproche más severo.

Ante estos inconvenientes, no puede dejar de denunciarse que una concepción así del delito de blanqueo puede provocar que quede convertido en una forma de castigar cualquier enriquecimiento ilícito (Gómez, p. 65) y, en consecuencia, no puede evitarse la comparación con el delito que, bajo esa denominación, surge para hacer frente a otra manifestación de la delincuencia; en concreto, la corrupción (Muñoz, 2008, p. 165). Y, por eso mismo, podrían reproducirse *mutatis mutandi* las consideraciones críticas acerca de la conveniencia de esta figura y, lo que es más importante, las serias dudas acerca de su compatibilidad con derechos y garantías consagrados constitucionalmente que han sido puestas de manifiesto en relación con aquellos ordenamientos que han optado por su incorporación (Vidales, 2008).

Parcialmente distinta es la situación con respecto al segundo grupo de conductas anunciado; esto es, aquellos supuestos en los que el autor de la actividad delictiva precedente convierte o transmite los bienes ilícitamente logrados. En ese caso, y dejando a un lado que tales actos puedan formar parte del agotamiento del delito (Quintero, 2010, p. 20), aunque la conducta descrita pueda suponer un enmascaramiento del origen ilícito (Abel, 2009, p. 187)<sup>3</sup>, la razón de castigar al autor a título de blanqueo debe verse en la afección que su realización supone para el orden socioeconómico que, lógi-

<sup>3</sup> En este sentido, téngase en cuenta que la conversión supone la transformación o sustitución de unos bienes por otros y, por tanto, dificulta la averiguación del delito previamente cometido cuando no libera al autor de una prueba que directamente lo incrimina. A parecida conclusión debe llegarse respecto de la transformación que, según un destacado sector de la doctrina, para integrar el tipo debe en todo caso suponer el cambio de titularidad de los bienes.

camente, se resiente por igual con independencia de quién sea el que realice la conducta proscrita. Pocas dudas pueden albergarse respecto de que quien obtiene ganancias a través de la comisión de delitos se ve inexorablemente obligado a realizar alguna operación con las mismas, desde la más sencilla adquisición de bienes de consumo a las más sofisticadas maniobras de ingeniería financiera que permiten rentabilizar hasta extremos ilimitados el beneficio original ilícitamente obtenido. Cuestión distinta es determinar si esa amplia gama de comportamientos postdelictivos potenciales merecen idéntico tratamiento a través de la genérica aplicación del blanqueo o, por el contrario, únicamente debieran tener trascendencia penal cuando la conversión o transmisión referida se efectúe a través de la comisión de un delito distinto cuya concurrencia no será infrecuente, como la práctica ha evidenciado.

Cierto es que en la mayor parte de las repercusiones que el blanqueo puede tener en el orden socioeconómico —la afección a la credibilidad de las instituciones, el empañamiento de la transparencia del sistema financiero, la libre competencia, etc.— no siempre se ven reflejadas en un tipo penal. Pero es precisamente esta deficiencia, más aparente que real, la que debiera llevarnos a replantearnos la cuestión a la luz de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Atendiendo a estas, es posible llegar a la conclusión de que otras ramas del ordenamiento son capaces de brindar una respuesta más adecuada y eficaz que la desmedida aplicación de los artículos 301 y siguientes del Código Penal.

### **Consideraciones finales**

De un análisis comparativo entre el concepto de blanqueo que se desprende de la normativa internacional y el que se extrae de la legislación penal española median tantas y tan importantes diferencias que bien podría afirmarse que el delito de blanqueo, tras la última reforma experimentada, ha quedado convertido en una suerte de tipo comodín en el que pueden tener cabida comportamientos de muy distinta significación.

Así es por cuanto que el legislador español, con una fórmula ciertamente perturbadora, no parece exigir que la conversión o transmisión de bienes hayan de perseguir en todo caso una finalidad encubridora bastando con el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes. Se castiga, además, la mera adquisición, posesión o utilización de los mismos sin que se requiera

que dicho conocimiento se tenga en el momento de recibirlos, por lo que carecen de una solución satisfactoria aquellos supuestos en los que el saber es sobrevenido. Y todo ello, aparentemente, sin distinción en cuanto a si quien realiza la conducta descrita ha participado en la comisión del delito del que los bienes proceden o se trata de un tercero ajeno a la misma.

Se va más lejos, por tanto, de la obligación contraída en los compromisos internacionales y, lo que aún produce un mayor desajuste, se separa también de la noción de blanqueo que se maneja a efectos administrativos en la Ley 10 de 2010, del 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Pero, sin duda, la principal objeción que puede hacerse, al margen del escaso celo empleado en respetar las garantías derivadas del principio de legalidad, es la desmesurada ampliación del tipo que se produce.

Así las cosas, parece conveniente abogar en favor de un concepto estricto de blanqueo en el que, lejos de forzar la convivencia, no siempre pacífica, en un mismo tipo, de la tutela de intereses socioeconómicos y de aquellos otros que pretenden proteger la Administración de Justicia, se opte por describir con total precisión las conductas prohibidas en atención al bien jurídico que se quiere preservar. En este sentido, dos son las alternativas que se presentan.

La primera, consiste en configurarlo como un delito socioeconómico en el que la relevancia penal radique en la introducción en el ciclo económico legal de bienes procedentes de la comisión de delitos. De este modo, debiera prescindirse de ulteriores referencias anímicas siendo indiferente, asimismo, que la conducta fuese realizada por el responsable de la actividad delictiva previa. Faltaría determinar, en este caso, la conveniencia de establecer una cuantía mínima a partir de la cual el atentado a dicho orden se considerase intolerable para no poner en tela de juicio la vigencia del principio de proporcionalidad.

La segunda posibilidad a la que se ha referido, más acorde con su génesis, conlleva reconducirlo al encubrimiento y exigir en todo caso que las conductas típicas se dirijan a la consecución de un propósito determinado. Si así fuese, se posibilitaría un tratamiento más uniforme de todos los comportamientos que suponen un auxilio postdelictivo y que, en consecuencia, presentan una naturaleza común (Vidales, 1997, p. 21) evitándose así los nada desdeñables problemas que en la práctica pueden suscitarse: piénsese,

al respecto, en la nada sencilla delimitación entre los delitos de encubrimiento, receptación y blanqueo, pese al distinto tratamiento punitivo del que son objeto. Sirva de ejemplo la dificultad que en ocasiones existe de determinar si se trata de un delito de encubrimiento consumado o de blanqueo en grado de tentativa, o qué tratamientos merecen los casos de error sobre el tipo habida cuenta que el blanqueo admite la modalidad imprudente de comisión.

Ahora bien, cuando la conducta no se limite a una simple obstaculización de la labor de la Administración de Justicia a través de la ocultación de los bienes procedentes de la comisión delictiva, sino que para llevar a cabo la legitimación propuesta se realicen las conductas descritas en otros tipos penales nada impide, obviamente, que quede expedita la vía al concurso de infracciones. Y, tampoco habría obstáculo alguno para hacer responder de esa eventual infracción a quien ha sido autor del delito previamente cometido que no quedaría cubierto ya por la inexigibilidad de un comportamiento distinto.

Ni que decir tiene que ambas opciones presentan importantes ventajas y también serios inconvenientes, pero, en cualquier caso, pueden ser preferibles a la tortuosa regulación actual en la que el delito de blanqueo parece haberse erigido en el remedio universal contra la delincuencia lucrativa aun a costa de limitar la eficacia de importantes principios penales y de provocar sustanciales problemas aplicativos.

Sin desconocer que la sanción de estas conductas está llamada a convertirse en un instrumento de especial utilidad frente a las modalidades delictivas que generan ingentes beneficios económicos, frecuentemente vinculadas a la delincuencia organizada, se hace preciso recordar que la última reforma operada en el texto punitivo introduce otras medidas enderezadas, precisamente, en esta dirección.

Como es sabido, se tipifican los delitos relativos a grupos y organizaciones criminales separados ya del más clásico delito de asociación ilícita y, como no es menos conocido, se permite, en estos casos, ampliar el comiso a todos aquellos bienes que tengan un valor desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente. Ambas previsiones pueden ser objeto de importantes objeciones. La primera por cuanto que produce un complejo entramado de relaciones entre los nuevos tipos —con sus propios supuestos de agravación y su causa de atenuación específica— y los subtipos que incremen-



tan la responsabilidad penal en muchos de los delitos ligados al fenómeno asociativo y que el recurso a la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal a la que se remite el último párrafo del artículo 570.2 no siempre resuelve satisfactoriamente. Baste pensar, por poner un ejemplo, que en atención a las penas previstas en el artículo 369 bis para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, éste será de aplicación preferente cuando se trate de organizaciones criminales, pero, en cambio, habrá que estimar un concurso de delitos con las nuevas figuras cuando se trate de grupos criminales.

La segunda porque, como tuve ocasión de manifestar en otro lugar (Vidales, 2009; 2012), plantea serias dudas acerca de su compatibilidad con algunos principios constitucionalmente reconocidos (Blanco, 2008; Fernández, 2011, p. 118; Pérez, 2008; Quintero, 2010a; Quintero, 2010, p. 2).

Al margen de este juicio crítico, lo que parece indudable es que su inclusión permite cuestionar si la decisión legislativa de extender el ámbito de aplicación del delito de blanqueo era oportuna e, incluso, conveniente. Innecesario debería ser tener que recordar que nunca ha podido constatar-se que el arsenal punitivo con el que se pretende hacer frente a tan graves manifestaciones de la delincuencia se haya de traducir necesariamente en una mayor eficacia; sin embargo, no cabe duda de que enturbia la seguridad jurídica. Pero es que, además, castigar en tales hipótesis el delito cometido del que los bienes proceden, agravar la pena de éste –bien aplicando el subtipo agravado de la figura correspondiente, bien estimando un concurso de infracciones con los artículos 570 bis y siguientes del Código Penal–, decomisar todos los bienes cuya procedencia lícita no pueda demostrarse e imponer la pena prevista para el blanqueo, si se considera que no vulnera el principio *ne bis in idem* porque se estima que el fundamento es diferente, no podrá negarse, al menos, que puede resultar desproporcionado.

No puede ponerse fin a estas consideraciones sin hacer una referencia, mucho más escueta de lo que el tema merece, a la orden HAP/1182/2012, del 31 de mayo, que desarrolla la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12 de 2012, del 30 de marzo (BOE del 4 de junio de 2012). El confesado propósito al que obedecen es el de reducir el déficit público. Para ello, se incentiva el afloramiento de bienes a través de una regularización de la situación tributaria, con independencia del origen de éstos. Ciertamente,

las relaciones entre el fraude fiscal y la figura que nos ocupa no han sido pacíficas. Baste pensar en la reciente y viva polémica surgida acerca de si quien defrauda debe ser considerado blanqueador (Blanco, 2011; Choclán, 2007; Luzón, 2012; Quintero, 2006) o el cuestionado tratamiento de las ganancias procedentes de la comisión de un delito como un incremento de patrimonio no justificado (Bacigalupo, 2002; Choclán, 2001; Galarza, 2005; Orón, 2009; Ruiz, 2002), cuando lo cierto es que con la modificación del Código Penal objeto de este comentario, resulta contradictorio, o al menos así me lo parece, sancionar penalmente el blanqueo por la tenencia de unos bienes ilícitamente obtenidos y, simultáneamente, obligar a tributar por ellos.

Esta problemática cobra ahora una nueva dimensión porque de la finalidad perseguida por la referida Orden se desprende el desprecio por el verdadero origen de los bienes regularizados y, a efectos fiscales, se equiparan los de procedencia delictiva con aquellos otros que, derivando de una actividad lícita, han sido sustraídos al control de la Administración. Es fácil inferir, por tanto, que el claro afán recaudatorio puede tener un poderoso efecto de llamada para quienes estén interesados en hacer emerger bienes de origen delictivo a cambio de una contraprestación no muy elevada y prácticamente exenta de riesgos, por lo que bien podría decirse que a las organizaciones dedicadas al blanqueo les ha salido un duro competidor.

Bien es verdad que, prediciendo los problemas que esta decisión pudiera generar, el Ministerio de Economía y Competitividad publicó con fecha del 11 de mayo de 2012, una nota en la que hacía constar que la naturaleza y finalidad es estrictamente tributaria y no afecta, limita o excepciona las obligaciones contenidas en la Ley 10 de 2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Por lo que exhorta a los sujetos obligados a seguir aplicando con el máximo rigor y diligencia las previsiones allí contenidas. Para, pocos días después, el 24 de mayo, matizar que, aunque la declaración tributaria especial es compatible con la referida ley, no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando responda únicamente a eventuales infracciones tributarias que deban reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12 de 2012. Con independencia de que esta hiperactividad aclaratoria siembra más dudas de las que resuelve al querer imponer que los sujetos a los que se

refiere discernan si los bienes presuntamente ilícitos proceden de un fraude fiscal o de un delito diferente, falta por ver cómo se explica que, por precaria que pudiera ser su situación económica –pues no olvidemos que entre el círculo de sujetos obligados se encuentran actividades profesionales en las que la crisis económica se está sintiendo con especial intensidad, como las relacionadas con la venta de joyas o antigüedades o el sector inmobiliario– no se les exime del deber de abstenerse de realizar la operación sospechosa contenida en el artículo 19 cuando es, precisamente, esta razón la que se invoca para justificar la mal llamada amnistía fiscal.

Sin abandonar el ámbito de lo paradójico, se hace difícil entender cómo para mejorar la situación de la economía nacional se auspicia la realización de unos actos que, hasta ahora, venían siendo considerados como lesivos del orden socioeconómico. Parece evidenciarse, de este modo, que la permeabilidad del sistema económico y financiero a los bienes de procedencia delictiva depende más de otros factores que del origen de éstos. De ser así, podría llegarse a la conclusión de que la incriminación del blanqueo no viene sino a constatar la incapacidad de averiguar, perseguir y castigar los delitos previamente cometidos. Y, ante la imposibilidad de imponer la pena correspondiente, el recurso a este tipo que opera como cláusula de cierre y que supone la certeza de que, en todo caso, la conducta realizada, sea cual sea, no va a quedar impune constituiría, de serlo, un triste consuelo. Otra cosa es determinar si, con este proceder, no se está permitiendo que la moral invada un ámbito propio del derecho, pero me temo que eso forma parte ya de un debate distinto.

## Referencias

- Abel, M. (2001). La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero. En M. Abel & N. Sánchez (Coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 61-109). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Abel, M. (2005). *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Barcelona: Bosch.
- Abel, M. (2009). Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español. En M. Abel & N. Sánchez (Coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 175-246). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Acuerdo del pleno no jurisdiccional del 18 de julio de 2006. Tribunal Supremo.
- Alfonso, D. (2010). La modificación del delito de blanqueo de capitales. En G. Quintero (Dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios* (pp. 253-362). Pamplona: Aranzadi.
- Aliaga, J. A. (2010). *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: La Ley.
- Aránguez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons.
- Bacigalupo, S. (2002). *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Blanco, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.
- Blanco, I. (2008). Comiso ampliado y presunción de inocencia. En A. Puente, B. Zapico & M. Rodríguez (Coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal* (pp. 69-106). Granada: Comares.
- Blanco, I. (2011). El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>
- Braslavsky, G. (s.f.). Jaque a los paraísos fiscales. Recuperado de [http://www.forodeseguridad.com/artic/discipl/disc\\_4011.htm](http://www.forodeseguridad.com/artic/discipl/disc_4011.htm)
- Carpio, J. (1997). *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carpio, J. (2011). La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, 15.
- Choclán, J. A. (2001). *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson.
- Choclán, J. A. (2007). ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente de blanqueo de capitales? *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 37, 157-174.
- Consejo de las Comunidades Europeas (1991). *Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31991L0308&qid=1486533600027>
- Consejo Europeo (1990). *Convenio del Consejo Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del 8 de noviembre de 1990- Convenio de Estrasburgo*. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/141>

- Consejo Europeo (2005). *Convenio del Consejo Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo del 16 de mayo de 2005- Convenio de Varsovia*. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196>.
- Curbert, J. (2004). La criminalización de la economía y la política. *Revista Gobernanza y Seguridad Sostenible*. Recuperado de [www.iigov.org](http://www.iigov.org)
- Díaz-Maroto, J. (1999). *El blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Madrid: Dykinson.
- Díez, J. L. (1989). *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudios de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*. Madrid: Tecnos.
- Díez, J. L. (1994). El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. *Actualidad Penal*, 32, 583-613.
- Enzensberger, H. M. (2009). *La balada de Al Capone. Mafia y capitalismo*. Madrid: Errata Naturae.
- España. Sentencia de 10 de enero de 2000. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 28 de julio de 2001. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 22 de julio de 2003. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 9 de octubre de 2004. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 17 de junio de 2005. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 21 de diciembre de 2005. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 4 de junio de 2007. Tribunal Supremo.
- Fabián, E. A. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Faraldo, P. (1998). Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995. *Estudios penales y Criminológicos*, 21, 117-166.
- Faraldo, P. (2008). Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes. En A. Puente (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal* (pp. 161-194). Granada: Comares.
- Fernández, J. G. (2011). El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito de blanqueo de capitales (a raíz de la reforma operada del Código penal operada por la L. O. 5/2010). En M. Abel & N. Sánchez (Coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 111-129). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Ferré, J. C. (2009). Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En J. González (Dir.) & A. Fernández (Coord.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (pp. 163-179). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galarza, C. J. (2005). *La tributación de los actos ilícitos*. Aranzadi.
- Gallego, J. I. (2011). En M. Corcoy & S. Mir Puig (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010* (pp. 663-670). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, J. M. (s.f.). *Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de lavado de capitales*. Recuperado de <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/view/977>
- Gómez, D. (1996). *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Barcelona: Cedecs.
- González, J. L. (2013). Tecnocrimen. En J. González, M. Cuerda & A. Fernández (Coord.), *Amenazas a la seguridad nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y TICs*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI (2012). *Estándares internacionales en la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*. Recuperado de [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)
- International Monetary Fund. (2011). *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT)—Report on the Review of the Effectiveness of the Program*.
- Luzón, E. (2012). Blanqueo de cuotas defraudadas y la paradoja McFly. *Diario La Ley* (7818), 1-3.
- Manjón-Cabeza, A. (2010). Receptación y blanqueo de capitales. En F. Álvarez & J. González (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (pp. 339-346). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2008). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En M. Abel & N. Sánchez (Coords.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 157-174). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena)*. Recuperado de [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo)*. Recuperado de <https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/55/383>

- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Recuperado de [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)
- Orón, G. (2009). Fallos en la legislación financiera y tributaria que pueden facilitar el blanqueo de capitales y el fraude fiscal. En J. González (Dir.) & A. Fernández (Coord.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (pp. 281-299). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2001). *Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales - Declaración de la Comisión*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001L0097>
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2005). *Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32005L0060&qid=1486533732550>
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2015). *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32015L0849&qid=1486533835313>
- Pérez, M. A. (2008). Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes? En S. de la Oliva (Dir.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (pp. 71-80). Madrid: Colex.
- Prieto, A., García, D. & Martín, A. (2010). La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales. *InDret*. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/747\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/747_es.pdf)
- Prieto, J. J. (1988). En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código penal sobre tráfico ilícito de drogas. *Actualidad Penal*, 47, 2393-2421.
- Quintero, G. (2006). El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 698, 1-6.
- Quintero, G. (Dir.) (2010). La reforma del comiso. En *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios* (pp. 107-110). Pamplona: Aranzadi.

- Quintero, G. (2010a). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r2. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
- Quintero, G., & F. Morales (2011). *Comentarios al Código penal español. Tomo II*. Pamplona: Aranzadi.
- Ruiz, E. (2002). Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal. *Revista de Derecho Financiero*, 265, 577-640.
- Sanmartín, J. J. (2009). Los alquimistas de mal. Servicios de inteligencia frente al terrorismo global. *Revista electrónica AAInteligencia*, 2009/11. Recuperado de <http://www.aainteligencia.cl/?p=255>
- Silva, J. M. (2011). Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales. En M. Abel & N. Sánchez (Coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 131-140). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vega, M. V. (2011). *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Vidales, C. (1993). La última reforma del Código penal en materia de drogas. *Revista General de Derecho*, 583, 221-235.
- Vidales, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidales, C. (1998). *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*. Miami: Center for the Administration of Justice; Florida International University.
- Vidales, C. (2008). *El delito de enriquecimiento ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada. Especial referencia a la legislación penal colombiana*. Miami: Center for the Administration of Justice; Florida International University.
- Vidales, C. (2009). El comiso ampliado: consideraciones constitucionales. En J. Carbonell, M. Cuerda, J. González & E. Orts (Comps.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Tomo II*. (pp. 1989-2005). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidales, C. (2012). El comiso ampliado: entre las necesidades de eficacia frente al crimen organizado y las exigencias constitucionales. En *Libro Homenaje a la Escuela Libre de Derecho de México*. México.
- Vidales, C. (2012). Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la L.O. 5/2010. *Revista General de Derecho Penal*, 18. Recuperado de [www.iustel.com](http://www.iustel.com)



## LAVADO DE ACTIVOS Y RECEPCIÓN: ¿UNA DISTINCIÓN ARTIFICIOSA?\*

*Renato Vargas Lozano*\*\*

*Álvaro Vargas*\*\*\*

### Introducción

**T**ras la incorporación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988 al ordenamiento jurídico interno –por la Ley 67 del 23 de agosto de 1993–, se produjo una reforma penal orientada a cumplir con la obligación del Estado colombiano consistente en sancionar, entre otras, las conductas de conversión, transferencia u ocultación de los recursos procedentes de la actividad delictiva indicada en el título del instrumento internacional aludido.

---

\* Este escrito se enmarca dentro del proyecto de investigación “Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias: la tutela penal del patrimonio económico”, del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas” de la Universidad Sergio Arboleda.

\*\* Profesor e investigador de la Universidad Sergio Arboleda y abogado en ejercicio vinculado a la firma Álvaro Vargas Abogados. Correo electrónico: [renato.vargas@usa.edu.co](mailto:renato.vargas@usa.edu.co) | [renato.vargas@alvarovargasabogados.com](mailto:renato.vargas@alvarovargasabogados.com)

\*\*\* Profesor de la Universidad Sergio Arboleda y director de la firma Álvaro Vargas Abogados. Correo electrónico: [alvaro.vargas@alvarovargasabogados.com](mailto:alvaro.vargas@alvarovargasabogados.com)

Dicha modificación tuvo lugar mediante la Ley 190 de 1995, cuyo artículo 31 modificó el 177 del Código Penal de la época –Decreto 100 de 1980–, que, aun dentro del marco de los delitos contra la administración de justicia, pasó a llamarse ‘[r]eceptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales’, sancionando a quien, fuera de los casos de concurso en el delito (y siempre que el hecho no constituyera un punible castigado con pena mayor), asegurara, transformara, invirtiera, transfiriera, custodiara, transportara, administrara o adquiriera el objeto material del delito previo o el producto del mismo, o le diera apariencia de legalidad o lo legalizara.

En tales casos, la pena se agravaba si el valor de los bienes normalizados superaba los 1.000 smlmv; o si provenían de los delitos de secuestro o extorsión, o de los regulados en la Ley 30 de 1986; o si se realizaban operaciones de cambio o de comercio exterior o se introducían mercancías al territorio aduanero nacional; o si se celebraban contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria o de Valores, lo mismo que cuando quien efectuara la conducta fuera importador o exportador de bienes o servicios, director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia o control de las mismas superintendencias, o accionista o asociado de dicha entidad, según el porcentaje determinado en la ley.

Apenas dos años después, la Ley 365 de 1997, cuyo propósito –explícito– era el de combatir la delincuencia organizada, separó, no obstante, la receptación propiamente dicha (art. 7) del lavado de activos (artículo 9), y, como consecuencia de ello, el blanqueo fue desligado del grupo de conductas que atentaban contra la administración de justicia y situado en el Título VII, dedicado a los punibles contra el orden económico social. El ‘nuevo’ delito castigaba expresamente las conductas consistentes en adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, custodiar o administrar bienes originados en ciertas actividades delictivas (extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas, en fin, con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), o en darles a dichos activos apariencia de legalidad o legalizarlos, ocultarlos o encubrir su verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los mismos, o en realizar, finalmente, cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito.

Estos comportamientos se agravaban cuando se realizaban operaciones de cambio o de comercio exterior, o cuando se introducían mercancías al territorio nacional, incluidos los supuestos de contrabando.

Desde entonces, el lavado de activos se tipificó en el ordenamiento interno de forma independiente y ha permanecido entre las conductas que atentan contra el orden económico social. No obstante, la proximidad existente entre los delitos de lavado de activos y de receptación (evidente en tanto ambos penalizan el aprovechamiento de los bienes producto de un ilícito anterior o los actos dirigidos a encubrir u ocultar su origen) suscita varios interrogantes en torno al motivo por el cual se tomó la decisión de separarlos y ubicarlos en títulos diferentes, así como en cuanto a las especificidades que caracterizan al lavado de activos y permiten diferenciarlo de la receptación.

A propósito de esto, el presente escrito se ocupa de examinar las razones esgrimidas en su día por el legislador patrio para explicar la modificación legal apuntada y, a partir de allí, se indaga por, primero, la legitimidad de la incriminación del lavado de activos; segundo, el bien jurídico penal protegido con su sanción; y, tercero, la posibilidad de castigar –o no– el llamado ‘autoblanqueo’, una de sus señas de identidad.

Como tendrá ocasión de comprobarse, las respuestas a estas cuestiones proponen un panorama complejo que refleja, con claridad meridiana, la tensión –quizás, mejor, la distancia– existente entre la política –criminal– y el derecho penal, en concreto, con su dogmática y con los principios que lo legitiman e informan. Las reflexiones venideras, dicho sea de una vez, reivindicán el papel de la receptación y sugieren reducir, en contravía de la que parece ser la tendencia legislativa actual, el protagonismo concedido al lavado de activos en el ordenamiento interno, insistiendo, de paso, en la necesidad de racionalizar la actividad legislativa en materia penal y reclamando un mayor compromiso por parte de los penalistas, tanto de los prácticos como de los teóricos, en el control del ejercicio del *ius puniendi*.

El documento se cierra con sendos acápites destinados a la síntesis de las conclusiones y a la relación de las fuentes empleadas para su confección. Estas últimas, cabe aclararlo, no agotan los temas abordados, pero fueron seleccionadas con el ánimo de brindarle al lector un panorama suficientemente claro de cada una de las cuestiones tratadas. Otro tanto puede decirse respecto de las decisiones judiciales citadas.

## **La sanción penal del lavado de activos y su legitimidad**

### **El lavado de activos y la receptación.**

Como ya se indicó, la separación entre estos dos delitos se debió a la Ley 365 de 1997, que modificó la redacción de la receptación (artículo 7) e incluyó el lavado de activos (artículo 9) de forma independiente. En su día, tal reforma se explicó por la necesidad de conjurar las injusticias que acarrecaba la Ley 190 de 1995, ya que, a la vista de las normas vigentes para la época, la sanción de los delitos patrimoniales previos era inferior a la de la receptación (la pena del hurto, por ejemplo, era de uno a seis años de prisión, mientras que la de la receptación era de tres a ocho). A más de lo anterior, según se lee en la exposición de motivos, era necesario, en clave político criminal, sancionar de “manera ejemplar” a los autores de ciertos delitos, p. ej., el narco-tráfico (considerado como una verdadera calamidad pública en el contexto colombiano de aquel entonces), lo cual no era posible debido al obstáculo que suponía la prohibición legal de castigar por receptación al autor del delito previo (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, pp. 4-12).

Según se dijo, la receptación era insuficiente y la solución (más pragmática que ajustada a la técnica) no podía ser otra que la de crear un tipo independiente para cumplir con el doble objetivo –‘político criminal’– de penalizar por blanqueo de capitales al autor del delito que generaba los bienes y, de paso, evitar la agravación desproporcionada de la situación de los autores de los delitos patrimoniales previos (Sintura, Martínez & Quintana, 2014, pp. 25-26).

En este orden de ideas, la creación del ‘nuevo’ delito, para cuya denominación se optó por la expresión ‘lavado de activos’, en lugar de otras como ‘blanqueo’, ‘normalización’, ‘regularización’ o ‘legalización’ de ‘dinero’, ‘bienes’ o ‘capitales’ (Abel, 2002, p. 23), se imponía, según se explicó, debido tanto a la especialidad de sus componentes estructurales como a la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, en el sentido de tipificar como delitos las conductas señaladas en la Convención de Viena (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8).

Ahora bien, a la vista del ordenamiento colombiano, los puntos de contacto entre la receptación (art. 447 CP) y el lavado de activos (art. 323 CP)

son plurales e intensos (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015, pp. 98-101), no solo por el dato fáctico acorde con el cual el blanqueo fue incluido por primera vez en la legislación nacional como una forma de receptación (art. 31 de la Ley 190 de 1995), sino, sobre todo, por el innegable aire de familia existente entre ambos, lo cual, por cierto, no es algo exclusivamente predicable del caso colombiano (García, 2004, p. 1142).

Tal proximidad se hace evidente al revisar las características básicas de los dos tipos penales concernidos, puesto que, por una parte, los bienes objeto de persecución son los muebles e inmuebles originados de forma mediata o inmediata en un delito y, por la otra, las conductas incriminadas se enderezan a ocultar o encubrir el origen ilícito de dichos activos, o a lograr su aprovechamiento; además, los dos son pluriofensivos, se castigan independientemente del delito previo y su incriminación obedece, de modo general, a las finalidades político criminales –preventivas– de evitar el disfrute de los bienes originados en un ilícito anterior y de neutralizar sus posibles efectos criminógenos.

Si a lo dicho se agrega que la receptación no limita su ámbito a ningún delito previo en particular (como sí lo hace el lavado de activos) y que la fórmula legal empleada para redondear su descripción es especialmente amplia (‘o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito’), no es descabellado afirmar que aquella bien puede considerarse el género y el lavado de activos una de sus especies. A lo indicado se suma la postura asumida al respecto por el propio legislador colombiano, cuando señaló expresamente, en su momento, que el lavado de activos era una modalidad o forma de receptación (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8).

No obstante, aunque los puntos de contacto son tan numerosos y significativos, también es cierto que entre ambas conductas punibles existen diferencias como estas: el lavado de activos contiene una mayor variedad de verbos rectores; circunscribe los delitos previos a un grupo determinado o determinable de actividades delictivas; su realización conlleva una pena bastante más severa que la correspondiente a la receptación; carece del carácter residual –subsidiario– de esta última; es susceptible de ser aplicado también a quien haya realizado el delito previo (lo cual no ocurre en la receptación); y, finalmente, protege un bien jurídico penal diferente.

### ¿Una diferencia justificada?

Con todo, ¿se justifica de verdad esta diferenciación? Es cierto que el legislador penal goza de un amplio margen de libertad a la hora de definir las conductas punibles, pero tal posibilidad no lo habilita para legislar sobre cualquier tema ni, mucho menos, para hacerlo en cualquier sentido: la incriminación de una conducta restringe de modo especialmente severo la libertad de las personas y, por ello, la idea de fijar condiciones a la creación de los delitos es razonable, en tanto se trata de someter la intervención punitiva estatal a límites que encaucen su ejercicio y contengan los posibles abusos a los cuales suele verse proclive cuando se detenta el poder.

A tales efectos cumple un papel destacado el llamado principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso (sentencias C-022 de 1996; C-093 de 2001; C-226 de 2002; C-802 de 2002; C-916 de 2002; C-822 de 2005; C-417 de 2009), que, al margen de los detalles relativos a su origen (Perelló, 1997, p. 69), se ha convertido en un instrumento útil para racionalizar la actividad estatal y enjuiciar la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales. De veras, por obra del principio comentado, la intervención estatal solo se justifica si es proporcional en sentido amplio, es decir, si persigue una finalidad legítima, si es idónea para la consecución de la misma, si es necesaria y —además— la menos gravosa y si resulta proporcional, en sentido estricto (Arnold, Martínez & Zúñiga, 2012, pp. 68-69).

La utilidad de este principio en sede penal ha sido reconocida por la doctrina (Cobo & Vives, 1999, pp. 81-90; Lascuraín, 2014; Lopera, 2012; Mir, 2012) y no es infrecuente que de él se haga uso para examinar la constitucionalidad del ejercicio de la libertad de configuración atribuida al legislador (sentencia C-417 de 2009). Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que, tratándose del ejercicio del *ius puniendi*, el control de proporcionalidad procede respecto de las sanciones y de las conductas prohibidas por igual y obliga a revisar la legitimidad del fin buscado con la intervención, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad ‘estricta’; esto último incluye, se agrega, la relación entre el delito y la pena, así como la evaluación ponderada —el balance global— de los costes y de los beneficios de la norma penal (Navarro, 2010), ya que la intervención en este campo no puede provocar un mal mayor que el que pretende evitar (Corcoy, 2012, p. 48).

Pues bien, teniendo a la vista este referente, resulta dudoso que la incriminación independiente del lavado de activos esté justificada en clave constitucional, pues un análisis reposado de la cuestión sugiere que el delito aludido es innecesario, inadecuado y desproporcionado.

En primer lugar, es innecesario, porque el blanqueo describe, en lo esencial, los mismos comportamientos que la receptación (conductas enderezadas a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes muebles o inmuebles derivados de forma mediata o inmediata de un delito previo) y las razones de su prohibición no son otras que las de evitar el provecho de los bienes generados por una conducta punible anterior o la financiación de delitos posteriores.

Así las cosas, todo indica que la inclusión de esta nueva figura delictiva no respondió a la necesidad de llenar un vacío legal, es decir, a la urgencia de contar con un tipo penal que permitiera castigar los actos constitutivos de un aprovechamiento posterior de los bienes originados en un delito previo, pues esta conducta punible ya existía en nuestro ordenamiento jurídico bajo el *nomen iuris* de receptación. Además, si tal disposición se consideraba insuficiente para cumplir con los compromisos internacionales derivados de la Convención de Viena –o de cualquier otro instrumento internacional vinculante–, siempre quedaba la posibilidad de modificar el tipo básico e, incluso, de agravarlo o calificarlo.

Ahora bien, que la receptación podía –y puede– modificarse, al compás de los requerimientos –casi siempre coyunturales– del legislador de turno, lo demuestra su evolución entre los años de 1980 (art. 177 original)<sup>1</sup> y 2016 (art. 447)<sup>2</sup>: los verbos rectores se han incrementado, acercándose cada vez más a los del lavado de activos (adquirir, poseer, convertir, transferir o realizar

---

<sup>1</sup> Artículo 177. Receptación. El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte o ayude a ocultar, o a asegurar el objeto material o el producto del mismo o lo adquiera o enajene, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años, y multa de un mil a cien mil pesos.

<sup>2</sup> Artículo 447. Receptación. El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes), e igual ha ocurrido con su objeto, dando lugar a diversas formas agravadas (medios motorizados y sus partes esenciales; mercancía o combustible llevados en ellos; elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales; o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario; o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado; aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento).

En este orden de ideas, la introducción del lavado de activos al ordenamiento penal colombiano parece haber obedecido, en realidad, a la idea de sancionar de forma ‘ejemplar’ al autor de ciertos delitos graves –en especial, del tráfico de estupefacientes– que se aprovechaba de los bienes provenientes de los mismos. Y si bien podría aceptarse –en gracia de discusión– la existencia, a ese respecto, de una especie de vacío normativo (en tanto la receptación excluye expresamente de su órbita de aplicación al autor del delito previo), lo cierto es que ello responde a una clarísima razón dogmática (que se examinará en detalle más adelante, a propósito del ‘autoblanqueo’), de la cual poco sabía –o quería saber– el legislador nacional.

En segundo lugar, es inadecuado, porque ni siquiera hay acuerdo en cuanto a que su tipificación realmente contribuya a la protección de un bien jurídico penal, así sea aquel al cual está asociado legalmente, vale

---

Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad.



decir, el orden económico social. En efecto, de un lado, existen serias dudas en punto del carácter nocivo de los comportamientos criminalizados, que pretenden, en definitiva, regularizar unos bienes e incorporarlos al circuito económico lícito y, del otro, aun entre quienes admiten que efectivamente son perjudiciales, tampoco hay consenso sobre si lo protegido realmente es el orden económico, en general, o alguna de sus manifestaciones más concretas —la competencia o el mercado— o de sus componentes —el sector financiero—.

Adicionalmente, si, como sugieren algunos autores, su incriminación independiente podría justificarse en función del tipo de delincuencia a la cual se refieren, siendo más simple la de la receptación y más compleja o grave la del blanqueo (García, 2004, p. 1143), todo indica que, al sancionar de forma separada la regularización de los bienes producto de esos delitos de mayor gravedad, lo que a la postre se quiere es reforzar la protección de los bienes jurídico penales afectados por ellos (planteamiento este que se desarrollará a continuación, en el acápite destinado al bien jurídico penal protegido), conforme se torna evidente en la Ley 365 de 1997, respecto del tráfico de estupefacientes.

En tercero y último lugar, es desproporcionado, porque las penas previstas para el delito de lavado de activos son particularmente severas, al punto que su duración actual, en los casos más graves (Velásquez, 2013, p. 662), conduce a que, en la realidad, puedan convertirse en verdaderas cadenas perpetuas. En todo caso, son, de lejos, mayores que las previstas para la receptación y, si bien esto podría explicarse en atención a la mayor gravedad asociada a los delitos fuente del lavado, una diferencia tan marcada entre las consecuencias de ambos delitos no parece razonable.

En esta misma línea de argumentación, cabe advertir, finalmente, que las penas del lavado de activos sobrepasan las previstas para otros delitos que tutelan bienes jurídico penales de igual o mayor trascendencia, p. ej., la vida o la libertad personal. De esta forma, se llega a la conclusión, más bien absurda, de que el delito fuente es menos importante —en tanto su pena es menor— que el acto de regularizar los bienes originados en él; ello envía, como es obvio, un mensaje equívoco, pues resta valor a las conductas punibles previas que, en todo caso, son —o deberían ser—, no se olvide, ‘especialmente graves’.

## La protección de un bien jurídico penal diferente: ¿cuál y por qué?

En la jurisprudencia constitucional colombiana está bastante claro que la protección de bienes jurídicos, mediante el derecho penal, constituye un fin legítimo del Estado, a tono con lo cual la tipificación de los delitos solo se justifica constitucionalmente si con ello se persigue la protección de aquellos (sentencia C-070 de 1996). Para la Corporación autora del planteamiento que se comenta, el bien jurídico cumple con una función social, además de ser una guía para la interpretación de las normas penales y un criterio de medición de la pena (sentencia C-442 de 2011), todo lo cual supone que el legislador debe abstenerse de realizar una “punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger” (sentencia C-205 de 2003).

En la doctrina ocurre algo similar: sin perjuicio de alguna opinión en contra (Jakobs, 1997, pp. 44-61), para la tesis dominante, el derecho penal tiene por objeto la tutela de bienes jurídico penales, a los cuales les corresponden algunas funciones de índole dogmática, como las de sistematizar los delitos, guiar su interpretación o medir la pena (Mir, 2005, pp. 169-170), y otras de naturaleza político criminal, básicamente, de crítica y racionalización del *ius puniendi* (Muñoz & García, 1996, p. 60).

Sin embargo, quienes sostienen esta posición no han podido llegar a un acuerdo acerca de qué y cuáles son los aludidos bienes jurídico penales, más allá de la genérica referencia que se trata de algo (valores, derechos, instituciones, situaciones, estados de cosas, etc.) considerado muy valioso y, por ende, merecedor de una especial protección jurídica. Esta falta de consenso abrió la puerta a ‘bienes jurídico penales’ incapaces de cumplir con las funciones dogmáticas y, sobre todo, con las político-criminales que les corresponden, en especial, la atinente a limitar el poder punitivo del Estado. No poco de esta problemática general toca, por supuesto, al lavado de activos, razón por la cual la dilucidación del bien jurídico penal a cuya tutela se orienta este delito es bastante compleja.

En efecto, por cuanto mira con su lesividad, existe una corriente, aunque minoritaria, para la cual el blanqueo no produce efectos perjudiciales en la economía, ni afecta ningún otro bien jurídico penal (Bajo, 2009, p. 13); en consecuencia, en tanto este delito, se advierte, no causa daño –real ni potencial– alguno, su sanción es ilegítima. Con todo, la generalidad de

los autores y de los legisladores entiende que las conductas estudiadas sí son perjudiciales y que su realización debe conminarse con una pena; en estos casos, el debate se enfoca en cuál ha de ser el bien jurídico penal tutelado, aspecto sobre el cual los especialistas sostienen variadas posiciones debido al carácter pluriofensivo atribuido a este delito (Zaragoza, 2001, p. 374; González, 2011, pp. 637-638).

Entre las diversas posibilidades, el legislador colombiano se decantó por la protección del orden económico social; empero, esta determinación, que no fue motivada en su día, todavía hoy sigue siendo –muy– discutible. La pregunta que quedó sin respuesta es por qué el orden económico social y no otro, p. ej., la administración de justicia, como en la receptación, o los propios bienes jurídico penales tutelados por los delitos previos o fuente.

### **El orden económico como bien jurídico penal protegido.**

El lavado de activos se ubica actualmente entre los delitos que atentan contra el orden económico social (Capítulo V del Título X de la Ley 599 de 2000), el cual ha sido definido en la jurisprudencia constitucional como el sistema de organización y planificación general de la economía de un país, que se estructura sobre el equilibrio existente entre la economía de mercado y la intervención estatal, y cuyos perfiles deben fijarse con base en los artículos 333 y 334 de la Constitución (sentencias C-083 de 1999 y C-224 de 2009).

No obstante, esta decisión, claramente política –de política criminal, pero con importantes efectos jurídicos–, no está exenta de dificultades, puesto que, en primer lugar, la adscripción de la figura al ámbito de la criminalidad económica la hace partícipe de los cuestionamientos realizados al derecho penal económico y, en segundo lugar, porque el orden económico social constituye un referente demasiado amplio, que, por lo mismo, difícilmente puede cumplir con las funciones que se le asignan al bien jurídico (Vargas, 2012, p. 268).

Lo primero está relacionado, básicamente, con las críticas que suscita la flexibilización o la redefinición de determinados principios sustantivos tradicionales a la hora de sancionar la delincuencia ‘económica’; así ocurre, p. ej., con el de legalidad (por causa de la proliferación de tipos penales en blanco o que incorporan variados y complejos elementos normativos extrapenales) o el de lesividad (debido a la inclusión de tipos penales de peligro, en no

pocas ocasiones abstracto). Otro tanto acontece con los recelos generados por algunas de sus consecuencias procesales, traducidas en la ampliación de los plazos de instrucción y de prescripción o caducidad de las acciones, o materializadas en los inconvenientes prácticos que propone la implementación, en ese escenario, de principios tales como el de oralidad o el de inmediación procesales.

La segunda de las cuestiones propuestas tiene que ver, por su parte, con las dificultades para precisar el alcance del bien jurídico penal comentado. Así, los autores distinguen entre los conceptos amplio y estricto de orden económico, a los cuales se asocian sendos entendimientos, amplio y estricto, del derecho penal económico: el primero, alude al conjunto de disposiciones penales mediante las cuales se tutela la regulación jurídica de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios; el segundo, remite al conjunto de disposiciones penales que protegen la intervención estatal en la economía (Martínez-Buján, 1998, p. 32).

En este contexto, la necesidad de identificar intereses mucho más concretos y susceptibles de lesionarse o ponerse en peligro constituye una constante, mejor, una exigencia, a la hora de legitimar las distintas formas de delincuencia económica: el libre mercado, la libre competencia, los derechos de los consumidores y los usuarios, la integridad o la estabilidad del sistema financiero, la confianza en el tráfico jurídico o comercial, ilustran lo dicho.

Por ello, los partidarios de la sanción del lavado de activos so pretexto de la tutela del orden económico –social– deben, casi de inmediato, aclarar que la sanción penal del blanqueo se justifica, sin que exista mayor acuerdo entre ellos, en tanto afecta otros intereses –económicos, por supuesto– bastante más inmediatos, como podrían ser los relacionados con la libre competencia, el mercado o el sistema financiero.

Quienes se pronuncian a favor de la infracción de la competencia argumentan que ésta se desequilibra por la concentración de un gran poder de demanda en unos pocos y porque el delito comentado facilita la consolidación de monopolios (Faraldo, 1998; Bottke, 1998; Blanco, 2001, p. 18) o, de modo general, debido a que afecta el tráfico lícito de bienes (González, 2011, p. 637). Para otros autores, en cambio, lo menoscabado es la economía de mercado (Muñoz, 2010, p. 554).

Los restantes señalan, a su turno, que lo vulnerado es el sistema financiero, merced a la pérdida de credibilidad en las instituciones o en las personas que hacen parte del mismo, o en razón de los problemas para lograr una asignación adecuada de los recursos (Fabián, 2007; Aninat, Hardy & Johnston, 2002, p. 44); todo esto comprometería la estabilidad del sistema financiero entendido en conjunto, al igual que su seguridad. De esta forma, el objetivo de las políticas y de la regulación en esta materia sería el de conjurar los riesgos que las conductas de este tipo pueden llegar a generar en punto de la estabilidad y la seguridad financieras (Organización de los Estados Americanos - CICAD, 1998).

Esta última, por cierto, parece ser la orientación que se le ha dado a la cuestión en Colombia, pues la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en la necesidad de proteger el sistema financiero frente a las actividades ilícitas, en desarrollo de lo cual la propia Corte Constitucional entiende que la prevención, el control y la sanción del lavado de activos deben ser tenidos como una prioridad nacional (sentencia C-851 de 2005).

A la vista de lo expuesto, queda claro que la tarea, en punto de la definición del interés o de los intereses penalmente relevantes en esta materia, continúa aún pendiente: por una parte, el legislador patrio no ha explicado su decisión de incluir este delito entre los comportamientos que atentan contra el orden económico social y, por la otra, los especialistas han sembrado una serie de dudas en cuanto a la legitimidad de su criminalización, en forma tal que, incluso entre quienes son partidarios de la misma, no hay acuerdo sobre el bien jurídico penal cuya afectación resulta preponderante.

Adicionalmente, y por si acaso lo anterior no fuera ya bastante, su adscripción al conjunto de delitos que atentan contra el orden económico social suscita varios interrogantes a la luz del principio de lesividad, pues no queda claro cómo las diferentes conductas tipificadas como lavado de activos podrían lesionar o, siquiera, poner en peligro efectivo (art. 11 CP) este bien jurídico penal. Sobre todo, si el mismo se entiende, siguiendo a la Corte Constitucional, como el sistema de organización y planificación de la economía que resulta de la interacción entre los modelos económicos de intervención y libre mercado resultante de los artículos 333 y 334 CN.

En orden a ilustrar lo dicho en precedencia, no pueden dejar de mencionarse las conductas de blanqueo descritas por los verbos ‘adquirir’,

‘resguardar’, ‘invertir’, ‘transportar’, ‘almacenar’, ‘conservar’, ‘custodiar’ o ‘administrar’, que, en tanto generan un peligro apenas abstracto para el bien jurídico penal comentado, difícilmente pueden satisfacer las exigencias constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano en materia de lesividad.

Al margen de estas consideraciones de carácter general, también puede añadirse que si la opinión dominante, al menos en la jurisprudencia constitucional, es que el lavado de activos supone un riesgo para el sistema financiero, no resulta descabellado afirmar que su ubicación actual (Capítulo V del Título X del CP) es equivocada, pues, de tenerse por válido lo expuesto, esta conducta punible debería incorporarse al grupo de delitos que atentan específicamente contra el aludido sistema, esto es, al Capítulo II del Título X CP (Vargas, 2012).

A propósito de esto, es imposible dar la espalda a las críticas relacionadas con el presunto carácter perjudicial del lavado en este punto, ya que, conforme lo adelantan algunos autores e informes, la idea de sacar a la luz estos recursos, vale decir, de regularizarlos, no parece generar mayores trastornos al sistema financiero propiamente dicho, ni, mucho menos, alterar sus funciones básicas de asignación de recursos. Lo anterior viene a sumarse al impacto favorable de su regularización en clave tributaria, pues, una vez integrados dichos bienes al sistema económico legal, acrecerán la base gravable de sus titulares. Se argumenta, en contra, que la mayor cantidad de dinero circulante genera inflación, pero esta última sería, no puede olvidarse, una variable adicional a controlar por las autoridades monetarias.

Como puede verse, es preciso, entonces, intentar un ejercicio bastante más profundo de argumentación en este frente para despejar las dudas en torno a la naturaleza dañina de estos comportamientos y a las razones por las cuales deben prohibirse. De lo contrario, seguirá siendo, como hasta ahora, una regulación que se ha incorporado a los ordenamientos nacionales de una manera acrítica por parte de los legisladores.

### **La administración de justicia o los bienes jurídico penales protegidos mediante los delitos previos.**

Pese a que su adscripción al grupo de delitos que atentan contra el orden económico social es un dato fáctico irrefutable, lo cierto es que esa no era

la única opción para el legislador nacional, que bien pudo mantenerlo en el ámbito de la tutela de la administración de justicia, o entender que el lavado de activos reforzaba la protección de los bienes jurídico penales salvaguardados por los delitos fuente.

En cuanto a la primera posibilidad, vale decir, la de mantenerlo en el ámbito de la administración de justicia, cabe recordar que los comportamientos constitutivos de lavado de activos se introdujeron originalmente al amparo de la receptación (artículo 177 del Decreto 100 de 1980), que era —y sigue siendo—, al menos en el ordenamiento colombiano, un delito que atenta, conforme a la denominación actual, contra la eficaz y recta impartición de justicia.

En este sentido, cabría entender que tanto la receptación como el lavado de activos dificultan la investigación y el juzgamiento del delito previo (Bacigalupo, 2005, pp. 459-460), y reconocer, a efectos de lo cual no parece haber mayores dificultades, que el segundo es una forma —más o menos especial— de la primera. Esto último no es extraño en Colombia, de hecho, así lo indicó el legislador nacional cuando, al ocuparse de la necesidad de tipificar el blanqueo de forma independiente, señaló:

Si lo que se pretende es sancionar de manera más ejemplar a los autores de delitos como el narcotráfico, debe pensarse en la redacción de una norma que específicamente recoja los casos de receptación sobre bienes procedentes de esos delitos [...] la única vía para lograr sancionar a una misma persona por el delito de narcotráfico y adicionalmente por el de receptación de los bienes procedentes de aquel delito, es la redacción de una nueva norma que de manera expresa recoja ese específico comportamiento (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8).

Por cuanto mira con la segunda alternativa, esto es, la de entender protegidos los bienes jurídico penales de los delitos fuente, puede decirse que tal posibilidad se explica en la medida en que los activos objeto de aprovechamiento son, precisamente, los que provienen de una conducta punible anterior. De esta forma, al castigar su normalización, se refuerza la tutela de esos bienes inicialmente afectados, indicando así a los autores de los ilícitos antecedentes que no podrán disfrutar de los recursos provenientes directa o indirectamente de aquellos. Al efecto, vale la pena recordar que, cuando se produjo la escisión entre la receptación y el lavado de activos (Ley 365 de 1997), el legislador colombiano destacó la importancia de sancionar ejem-

plaramente a quienes realizaban el delito previo, en particular cuando éste era el tráfico de estupefacientes (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8). Con base en ello, resulta plausible inferir que, por lo menos en su concepción inicial, la idea era agravar la situación de quien realizaba el delito fuente y, por consiguiente, robustecer la protección del bien jurídico penal amparado por ese ilícito antecedente.

En adición a lo expuesto, si la regularización de estos activos se entiende, conforme se explica más abajo, a la manera de un acto posterior copenado, no resulta en modo alguno descabellado afirmar que su desvalor bien puede acumularse al del delito previo. Esta es, por lo demás, la lógica dogmática que inspira la tipificación de la receptación, aspecto este sobre el cual se volverá enseguida.

### **¿‘Autorreceptación’ no, pero ‘autoblanqueo’ sí?**

Acorde con el actual estado de cosas, en Colombia se admite que el sujeto activo del delito de lavado sea, también, el autor del delito fuente; así, el ordenamiento jurídico colombiano permite sancionar el ‘autoblanqueo’, constituyendo dicha permisión, que es una de las principales señas de identidad del delito examinado, una de las razones, tal vez la de mayor peso, para brindarle autonomía frente a la receptación (Muñoz, 2009, p. 159). Los argumentos esgrimidos por los autores a favor de la posibilidad de sancionar el ‘autoblanqueo’ pueden resumirse así:

Primero, los instrumentos internacionales no se oponen a la sanción del ‘autoblanqueo’ (Blanco, 2007). Además, la receptación no está en capacidad de satisfacer los requerimientos de la regulación internacional y, por ende, no permite a los Estados cumplir con los compromisos adquiridos por ellos; tal incapacidad explica la búsqueda de una fórmula ‘nueva’ y, en todo caso, diferente de la receptación (Quintero, 2010).

Segundo, es posible que el lavado de activos tenga una relación estrecha con la receptación, pero aquél ha adquirido carta de naturaleza y se ha independizado de ésta; prueba de ello es que, al menos en un grupo importante de ordenamientos nacionales, ambos delitos protegen bienes jurídicos diferentes.

Tercero, los legisladores nacionales no prohibieron, pudiendo hacerlo, el ‘autoblanqueo’, como sí lo hicieron —expresamente— tratándose de la ‘autorreceptación’.



Cuarto, el lavado de activos castiga un hecho cuyo desvalor no se encuentra recogido en el delito previo, como lo demuestra el hecho de que, en términos generales, las penas para el blanqueo sean mayores que las previstas para los delitos fuente (Faraldo, 2006, pp. 142-143).

Si se mira bien, prácticamente todos los argumentos indicados serían pertinentes para justificar la inclusión independiente del lavado de activos en Colombia y castigar el ‘autoblanqueo’. No obstante, conviene remarcar que, entre las razones señaladas, la verdaderamente determinante para proceder en tal sentido fue, ya se indicó, el interés político –criminal– de sancionar de modo ejemplar al autor del delito previo por el posterior blanqueo de los bienes de procedencia ilícita. Recuérdese lo aducido por el legislador penal de 1997 sobre el particular:

Conforme a la actual redacción del artículo 177 del Código Penal colombiano no puede ser sancionado como autor de receptación la persona que haya tomado parte (como autor individual o como copartícipe) en la comisión del delito principal, entendido éste como aquél del que provienen los dineros u objetos que son materia de la receptación.

Si por razones de política criminal se desea reprimir de una forma más severa a quienes habiendo cometido delitos de narcotráfico efectúan maniobras tendientes a legalizar los dineros ilícitamente obtenidos, sería recomendable tener en cuenta dos aspectos:

El primero de ellos, consiste en no recurrir a la modificación de la norma general sobre receptación, porque ello conduciría a agravar de manera injustificable la punibilidad de los autores de delitos diversos a los de narcotráfico, como ocurriría con quien ha hurtado un electrodoméstico y lo oculta para no ser descubierto, o con quien habiendo hurtado un reloj procede a venderlo para obtener el apetecido provecho económico; en casos como los aquí ejemplificados, resultaría desproporcionado penar a estas personas no sólo como autores de un delito de hurto sino, adicionalmente, como responsables de un delito de receptación. Por consiguiente, si lo que se pretende es sancionar de manera más ejemplar a los autores de delitos como el narcotráfico, debe pensarse en la redacción de una norma que específicamente recoja los casos de receptación sobre bienes procedentes de esos delitos.

El segundo aspecto que debe tenerse en cuenta es que esa finalidad de sancionar más severamente a los autores del delito de narcotráfico que ejecutan maniobras de legalización de bienes o dineros obtenidos por esa ilícita vía, no puede conseguirse a través del artículo 177 del Código Penal Colombiano, el

cual no admite una interpretación diversa de la que le ha conferido la doctrina colombiana, en consonancia con legislaciones y doctrinas extranjeras. En consecuencia, la única vía para lograr sancionar a una misma persona por el delito de narcotráfico y adicionalmente por el de receptación de los bienes procedentes de aquel delito, es la redacción de una nueva norma que de manera expresa recoja ese específico comportamiento (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8).

Por lo demás, la particularidad comentada ha sido unánimemente recogida por la jurisprudencia, no solo al hilo del análisis histórico de esta regulación (sentencia C-205 de 2003; sentencia rad. 23236 de 17 de septiembre de 2008; sentencia rad. 39220 de 04 de diciembre de 2013), sino, en especial, a la hora de afirmar el carácter autónomo que se le reconoce a este delito (sentencia rad. 25803 de 15 de julio de 2008).

Sea como fuere, la posibilidad de sancionar los comportamientos consistentes en regularizar los bienes provenientes de un delito previo, cuando quien efectúa dicha normalización es el mismo sujeto que ha realizado la conducta punible que los originó, es una opción legislativa que genera diversos interrogantes, y los argumentos anteriores, según se verá a continuación, no son inobjectables.

### **La obligación de sancionar el ‘autoblanqueo’ y la insuficiencia de la receptación frente a los compromisos internacionales.**

Si bien la normatividad internacional no se opone a la incriminación del ‘autoblanqueo’, lo cierto es que tampoco la ordena, de hecho, un número importante de instrumentos internacionales se refiere expresamente a la posibilidad de no sancionar a las personas que hubieren cometido el delito determinante, cuando así lo exigen los principios fundamentales del derecho interno del Estado correspondiente. Así, p. ej., la Convención de Mérida, cuyo art. 23. 2. e), es del siguiente tenor:

Artículo 23. Blanqueo del producto del delito [...]

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: [...]

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

En idéntico sentido, el art. 6. 2. e) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito [...]

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: [...]

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

En lo atinente a si los compromisos internacionales en esta materia pueden satisfacerse mediante la receptación, es importante tener presente que el lavado de activos ejemplifica la gran influencia actual de las políticas supranacionales, vertidas en normas de derecho internacional, sobre los sistemas jurídicos nacionales, a causa de lo cual ha ocurrido una homogeneización sin par de los derechos internos (Albrecht, 2001, p. 48; Ambos, 2011, p. 11). Lo anterior obedece al marcado carácter transnacional de este tipo de delincuencia (Arias, 2011, pp. 37-38) y explica su frecuente calificación como un problema global necesitado de una reacción articulada a nivel mundial (Martínez-Buján, 2004), orientada a impedir el disfrute económico del producto de los delitos, así como su reinversión en nuevas actividades delictivas.

En resumen, es innegable que sobre estos temas se ha producido un número muy importante de disposiciones internacionales que condicionan las legislaciones internas y dificultan, por su abundancia y dispersión, el empeño de precisar el alcance de las obligaciones adquiridas por los Estados parte; sin embargo, conforme acaba de indicarse, no hay una obligación internacional –expresa– consistente en sancionar el aprovechamiento que realiza el autor del delito previo. Si tal obligación no existe, no parece atendible, entonces, la objeción relativa a la imposibilidad de cumplir con los compromisos internacionales a través de la receptación, arguyendo que la misma no permite sancionar los casos de ‘autoblanqueo’.

### **La autonomía del lavado de activos frente a la receptación.**

No es sencillo proclamar la independencia total y absoluta del lavado de activos frente a la receptación; por el contrario, cabe afirmar que comparten una naturaleza común, en la medida en que los bienes sobre los cuales

recaen ambos delitos son muebles o inmuebles originados de forma mediata o inmediata en un delito y los dos castigan los comportamientos dirigidos a su aprovechamiento o a ocultar o encubrir su origen ilícito, esto es, su regularización o normalización.

Por lo demás, fijar una diferencia atendiendo al bien jurídico penal tutelado en cada caso responde a un criterio meramente formal, que carece de cualquier contenido, al menos en Colombia. Ambas ilicitudes se consideran, en efecto, pluriofensivas y la decisión sobre cuál de los distintos intereses debe prevalecer de cara a la regulación penal resulta claramente arbitraria, máxime cuando, entre nosotros, la adscripción del lavado de activos al grupo de delitos que atentan contra el orden económico social careció por completo de motivación.

No hay, pues, una razón de peso para afirmar que entre las dos conductas punibles existe una verdadera diferencia en este punto y ello explica que el legislador nacional de 1995 no tuviera ningún problema en tipificar el lavado de activos al amparo de la receptación (art. 31 Ley 190 de 1995) y que el de 1997 dijera que el lavado de activos era una forma de receptación (Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996, p. 8).

### **La inexistencia de una prohibición legal expresa de castigar el ‘autoblanqueo’.**

Otro tanto cabe afirmar de la posibilidad de sancionar el ‘autoblanqueo’, pues, si bien el legislador no incluyó de forma expresa tal prohibición, como sí lo hizo tratándose de la receptación, lo cierto es que tampoco autorizó explícitamente lo contrario.

Además, las razones teóricas que explican su exclusión no son desvirtuadas con argumentos de la misma índole, sino que, simplemente, son obviadas para satisfacer una exigencia política: la consistente en sancionar en forma ejemplar —vale decir, dos veces— a los autores de delitos considerados de particular gravedad y, originalmente, del tráfico de estupefacientes. No obstante, puestos a considerar en serio las explicaciones teóricas, habría que concluir que, en tanto el lavado de activos es una forma de receptación, las reglas que rigen la tipificación de la segunda deberían ser aplicadas al primero y, en consecuencia, el ‘autoblanqueo’ no debería admitirse, por las mismas razones que se rechaza la ‘autorreceptación’.

De veras, conforme lo entiende la doctrina mayoritaria, la receptación castiga actos de agotamiento, en tal virtud, ya sea porque dichas conductas se tomen como actos posteriores copenados o, bien, porque se considere que al sujeto activo del ilícito previo no le es exigible otra conducta, la consecuencia es que el autor del delito antecedente no puede ser sujeto activo de la receptación (García, 2004, p. 1136; Vidales, 2012). En esta línea, la Corte Suprema de Justicia colombiana estima que las conductas de receptación realizadas por el autor del delito previo constituyen actos copenados, en tanto suponen el agotamiento del delito fuente, y esa es, precisamente, la razón por la cual su autor no es tenido en cuenta como sujeto activo de la receptación:

En virtud de este último –que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada– si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento.

Dentro de tal categoría se encuentra el referido hecho posterior co-penado, según el cual, el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta punible inicial (Auto rad. 22415 del 9 de junio de 2004).

Trasladando lo anterior al ámbito del lavado de activos, los autores proponen varias objeciones contra la criminalización del ‘autoblanqueo’, que incluyen las de entender que al sujeto activo del delito previo no le sería inexigible un comportamiento diferente, al tratarse de una especie de ‘autoencubrimiento’ (Corcoy, 2012, p. 67), o que su sanción vulnera el *ne bis in idem*, ya sea porque se incremine al autor del delito previo que posea, almacene o transporte los bienes originados en aquél (Carpio, 2011), o porque se terminen castigando, por esta vía, actos que, en estricta dogmática, deben considerarse copenados.

A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que la decisión de criminalizar el blanqueo implica sancionar separadamente actos de participación postdelictual (Quintero, 2010), que, en el entendimiento tradicional

de la cuestión, son accesorios y comportan el agotamiento del ilícito previo (Serrano & Serrano, 2013, p. 563); por ello, cuando el legislador opta por sancionar el ‘autoblanqueo’, convierte una hipótesis de concurso de leyes en una de concurso de delitos.

En los concursos de leyes, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los concursos de delitos, solo puede aplicarse una de las normas –aquella que abarca la totalidad del desvalor del hecho–, so pena de infringir la prohibición de doble incriminación. Por esa razón, para resolver dichos casos, existen criterios como el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción, a los cuales se suma, en ocasiones, el de alternatividad (Cobo & Vives, 1999, pp. 171-182; Mir, 2005, pp. 640-651; Muñoz & García, 1996, pp. 477-492).

Ahora bien, dado que lo discutido acá es si el desvalor del delito fuente ‘consume’ el del acto de blanqueo, la atención ha de centrarse en el de consunción, el cual exige verificar si el desvalor de un hecho concreto se encuentra comprendido –o no–, de forma íntegra, en un determinado tipo penal, prefiriendo aquél que lo incluye en su totalidad, frente al que solo lo hace de modo parcial o fragmentario, sin que sea necesario –al menos a estos efectos– que el supuesto más amplio contemple una pena más grave. En el marco de este criterio, se resuelven, cabe recordarlo, los casos de progresiones delictivas o criminales, de delitos simples y compuestos, de delitos de lesión y de peligro o, en fin, por cuanto concierne a este escrito, los de actos posteriores copenados (Orts & González, 2011, p. 142).

Acorde con lo expuesto, si se reconoce que los actos de aprovechamiento posterior, característicos tanto del blanqueo como de la receptación, constituyen el agotamiento del delito antecedente, ninguna duda cabe entonces de que, en ambos casos, dichos actos deben considerarse copenados, y, por ende, el desvalor del ‘autoblanqueo’ debería quedar abarcado en el delito previo (Cobo & Vives, 1999, p. 179; Mir, 2005, pp. 650-651). Esto último, atendido el amplio margen que suele mediar entre los toques punitivos mínimos y máximos señalados por la ley penal para los delitos fuente, debería disipar, por cierto, cualquier temor sobre su eventual impunidad.

### **La gravedad de las penas previstas para el lavado**

Finalmente, por cuanto mira con la gravedad de las penas y el argumento según el cual la entidad de las sanciones previstas para el lavado invita

a pensar que el desvalor de estos actos no queda comprendido en el delito determinante, debe empezarse por aceptar que, en efecto, las penas previstas para el blanqueo son muy graves y que, en muchas ocasiones, superan las consagradas para los delitos fuente.

No obstante, a modo de impostergable réplica, ha de anotarse que la fijación de aquellas responde, una vez más, al ámbito de discrecionalidad con que cuenta el legislador penal y que, conforme tuvo ocasión de constatarse, el examen ponderado de las sanciones para el blanqueo revela que, consideradas en conjunto, son manifiestamente desproporcionadas. Por consiguiente, si se parte de la base de su desproporción, con dificultad puede aceptarse que las mismas presten alguna utilidad a la hora de realizar un análisis serio sobre el punto comentado, máxime si se tiene en cuenta que las consecuencias previstas para este delito se han modificado en plurales ocasiones y –siempre– al alza.

## Conclusiones

De acuerdo con el análisis efectuado en las páginas anteriores, puede decirse que la distinción entre la receptación y el lavado de activos parece ser, por lo menos en Colombia, artificiosa. Ello porque, primero, la motivación señalada en su día por el legislador nacional para crear un tipo penal independiente de lavado de activos, esto es, la de sancionar de forma ejemplar al autor del delito previo, resulta inatendible: el deseo de castigar de forma ejemplar a alguien, por sí solo, no puede ser, en efecto, una razón válida de política criminal, que avale –sin más– el ejercicio del *ius puniendi*; en las condiciones actuales, tal deseo debe justificarse en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Segundo, y en íntima conexión con lo anterior, la incriminación independiente del lavado de activos no satisface el juicio de proporcionalidad en sentido amplio, pues, según se constató, la intervención penal resultaba innecesaria, no era idónea y se revelaba desproporcionada.

Era innecesaria porque no existía una obligación internacional de sancionar el ‘autoblanqueo’ y, siendo esto así, la receptación sí permitía cumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia. Adicionalmente, cuando se prescinde de la posibilidad de sancionar el ‘autoblanqueo’, las diferencias entre el lavado de activos y la receptación

prácticamente desaparecen, pues, como ha quedado demostrado, en ambos casos se castigan las conductas de aprovecharse, ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes muebles o inmuebles originados de forma mediata o inmediata en una actividad delictiva anterior. Así las cosas, la remisión a unos ciertos delitos previos no permite establecer diferencias sustanciales entre las dos figuras y lo atinente al bien jurídico penal tutelado fue, conforme tuvo ocasión de comprobarse, producto de una decisión legislativa caprichosa y en extremo discutible.

No era idónea porque, al margen de las dudas sobre el carácter nocivo o perjudicial de la regularización de los activos, resulta poco probable que los comportamientos constitutivos de blanqueo —si no todos, algunos— lesionen o pongan en peligro efectivamente el bien jurídico penal del orden económico social, al menos como lo entiende la Corte Constitucional colombiana. La necesidad de concretar aún más el interés relevante en estos casos, refiriéndolo a la protección del libre mercado, de la competencia o del sistema financiero no aporta claridad a la cuestión y, por el contrario, ratifica lo dicho, en punto de las dificultades asociadas a esta regulación.

Era desproporcionada porque las penas previstas para el lavado de activos resultaban —y con mayor razón al día de hoy— particular e injustificadamente altas. En efecto, que superen las consagradas para los delitos fuente no habla a favor de la independencia del blanqueo, sino, más bien, en contra de la racionalidad de la actividad legislativa en materia penal y revela la falta de cuidado del legislador a la hora de fijar las penas correspondientes para los diferentes delitos; nada distinto explica que delitos más graves, como el homicidio o el secuestro, puedan llegar a tener penas menores a las del lavado de activos.

Tercero, la distinción apuntada pretermite, sin explicación alguna, las razones teóricas que fundamentan la imposibilidad de sancionar el aprovechamiento ulterior realizado por el autor del delito previo —‘autoblanqueo’—. No solo porque sea imposible exigir un comportamiento diferente a su autor, sino, sobre todo, en la medida en que los actos posteriores castigados por el blanqueo y la receptación son actos de agotamiento que pueden considerarse copenados y cuyo desvalor bien puede tenerse en cuenta al fijar la pena para el delito que origina los bienes, consideración esta que tendría que bastar para despejar cualquier temor sobre su eventual impunidad. No entenderlo



así, subvierte las reglas atinentes a los concursos, y al convertir un concurso de leyes en uno de delitos, se desconoce, obviamente, la prohibición del *ne bis in idem*.

En el contexto colombiano, la solución político criminal más coherente y la menos perjudicial para el sistema y los principios que lo rigen, debería ser, por ende, la consistente en, por una parte, fortalecer la receptación, añadiendo los verbos rectores que se considere del caso incluir, agravando, si se quiere, la sanción, cuando los bienes objeto de estas conductas tengan origen en ciertos delitos considerados especialmente graves, y, por la otra, en incluir el desvalor de los actos posteriores de aprovechamiento, ocultamiento o encubrimiento realizados por el autor del delito previo en el propio ilícito precedente, evitando así su impunidad.

De esta forma, los actos de aprovechamiento, ocultamiento o encubrimiento realizados por el autor del delito que los origina, es decir, los constitutivos de ‘autoblanqueo’ y ‘autorreceptación’, serían sancionados al amparo del delito previo de que se trate, sin perjuicio del (de)comiso que, en supuestos como estos, estaría llamado a tener un papel mucho más relevante. Los demás actos de receptación o de blanqueo, cuando fueren realizados por quien no ha tomado parte en el ilícito precedente, se castigarían al amparo de la figura general de la receptación o de su forma especial –agravada o calificada, si se quiere–, el lavado de activos; esto último, siempre y cuando los bienes tuvieran origen en ciertos delitos que, por su trascendencia y/o gravedad, fueran considerados merecedores de un tratamiento punitivo especial.

No se duda, en síntesis, de la conveniencia de contar con instrumentos legales que permitan castigar el aprovechamiento de los bienes obtenidos mediante la comisión de delitos, pero es necesario advertir que estos existían antes de la Convención de Viena de 1988 y que los supuestos de blanqueo pueden articularse, de una forma mucho más coherente y acorde con nuestra cultura jurídica, dentro de la dúctil estructura de la receptación.

## Referencias

- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Albrecht, H. J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Ambos, K. (2011). *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aninat, E., Hardy, D., & Johnston, B. (2002). Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. *Finanzas & Desarrollo*, 39(3), 44-47.
- Arias, D. P. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel.
- Arnold, R., Martínez, J., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 65-116.
- Auto Rad. 22415 del 09 de junio de 2004. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Bacigalupo, E. (2005). Estudio comparativo del Derecho Penal de los estados miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. En *Curso de Derecho Penal Económico* (pp. 455-470). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Bajo, M. (2009). El desatinado delito de blanqueo de capitales. En M. Bajo & S. Bacigalupo, *Política criminal y blanqueo de capitales* (pp. 11-20). Madrid: Marcial Pons.
- Blanco, I. (2001). La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore*, 15.
- Blanco, I. (2007). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos; República Bolivariana de Venezuela; Banco Interamericano de Desarrollo.
- Bottke, W. (1998). Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, 2, 1-16.
- Carpio, J. (2011). La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, 15.
- Cobo, M., & Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (5a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy, M. (2012). Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.
- Fabián, E. (2007). Tipologías y lógica del lavado de dinero. En *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos; República Bolivariana de Venezuela; Banco Interamericano de Desarrollo.

- Faraldo, P. (1998). Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, 21, 117-166.
- Faraldo, P. (2006). Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIX.
- Gaceta del Congreso Núm. 284 del 23 de julio de 1996. Exposición de motivos, Proyecto de ley núm. 18 de 1996. Imprenta Nacional de Colombia.
- García, M. (2004). De la receptación y otras conductas afines. En J. Córdoba & M. García, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (pp. 1133-1172). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- González, J. J. (2011). Capítulo 28. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales. En *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (pp. 621-646). Madrid: Dykinson.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín, J. A. (2014). El control constitucional de las leyes penales. En F. Velásquez & R. Vargas, *Derecho Penal y Constitución* (pp. 11-44). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Lopera, G. P. (2012). Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal. En S. Mir, J. Queralt & S. Fernández, *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales* (pp. 105-137). México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (1998). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján, C. (2004). La dimensión internacional del blanqueo de dinero. *Estudios de derecho judicial*, 61, 179-270.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (7a ed.). Barcelona: Reppertor.
- Mir, S. (2012). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal. En S. Mir, J. Queralt & S. Fernández, *Constitución y Principios del Derecho Penal* (pp. 67-104). México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2009). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 157-174). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (18a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Muñoz, F., & García, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (2a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Navarro, I. (2010). El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios? *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, s/p.
- Organización de los Estados Americanos - CICAD. (1998). *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena)*. Recuperado de [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf)
- Orts, E., & González, J. L. (2011). *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (3a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Perelló, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, 28, 69-75.
- Quintero, G. (2010). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r2.
- Ruiz, C., Vargas, R., Castillo, L., & Cardona, D. (2015). *El lavado de activos en Colombia. consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado.
- Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996. Corte Constitucional.
- Sentencia C-070 de 22 de febrero de 1996. Corte Constitucional.
- Sentencia C-083 de 17 de febrero de 1999. Corte Constitucional.
- Sentencia C-093 de 31 de enero de 2001. Corte Constitucional.
- Sentencia C-226 de 02 de abril de 2002. Corte Constitucional.
- Sentencia C-802 de 02 de octubre de 2002. Corte Constitucional.
- Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002. Corte Constitucional.
- Sentencia C-205 de 11 de marzo de 2003. Corte Constitucional.
- Sentencia C-851 de 17 de agosto de 2005. Corte Constitucional.
- Sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005. Corte Constitucional.
- Sentencia C-224 de 30 de marzo de 2009. Corte Constitucional.
- Sentencia C-417 de 26 de junio de 2009. Corte Constitucional.
- Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011. Corte Constitucional.

- Sentencia Rad. 25803 de 15 de julio de 2008. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 23236 de 17 de septiembre de 2008. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia Rad. 39220 de 04 de diciembre de 2013. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Serrano, A., & Serrano, A. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Sintura, F., Martínez, W. & Quintana, F. (2014). *Sistema de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*. Bogotá: Legis.
- Vargas, R. (2012). A propósito de la intervención penal en el ámbito económico. En *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal* (pp. 259-289). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana; Diké.
- Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (5a ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vidales, C. (2012). Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010). *Revista General de Derecho Penal*, 18.
- Zaragoza, J. A. (2001). El blanqueo de bienes de origen criminal. En *Derecho Penal Económico* (pp. 365-428). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.



**DECOMISO: DENOMINADOR  
COMÚN DE LA LUCHA EFICAZ  
CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES,  
LA DELINCUENCIA ORGANIZADA  
Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO  
EN LA UNIÓN EUROPEA**

*Teresa Aguado Correa\**

**Introducción**

Las actividades que se consideran delito de blanqueo de capitales o lavado de capitales recaen sobre bienes que proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, de ahí la importancia del decomiso como medio de lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, puesto que se dirige contra los bienes de origen o destino ilícito. Las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados, así como “golpear” a los delincuentes “donde más les duele”.

El fenómeno del blanqueo de capitales está, a su vez, íntimamente unido a otras manifestaciones delictivas graves y, en particular, a la delincuencia organizada y a la

---

\* Profesora de Derecho Penal, Universidad de Sevilla (España).  
Correo electrónico: [taguado@us.es](mailto:taguado@us.es)

financiación del terrorismo. La estrecha relación entre los mencionados ha sido recordada recientemente por la Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, llamado abreviadamente *Plan de Acción*, del 2 de febrero de 2016, en los siguientes términos:

El problema de la financiación del terrorismo no es nuevo. Desde hace muchos años se conocen características clave como sus vínculos estrechos con las redes de delincuencia organizada, y, a nivel de la UE, las legislaciones penales, la cooperación policial y la legislación para prevenir y combatir el blanqueo de capitales aportan ya una contribución importante (Comisión Europea, 2016, p. 2).

En esta misma línea se había pronunciado la Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Social y Económico Europeo (CESE) y el Comité de las Regiones (CR): *La Agenda Europea de Seguridad en la Unión Europea*, del 24 de abril de 2015, documento en el que la Comisión Europea fija la estrategia con la que la Unión hará frente a las amenazas a la seguridad en la UE durante el período 2015-2020. En este documento se refirió a los vínculos que tiene la delincuencia organizada con el terrorismo ya que lo nutre (suministro de armas, ingresos procedentes del tráfico de drogas y la infiltración de los mercados financieros y el blanqueo de capitales). Puesto que los terroristas recurren frecuentemente al producto de sus actividades delictivas para financiar sus actividades y utilizan los sistemas de blanqueo de capitales para convertir, ocultar o adquirir este producto, el refuerzo del marco jurídico de la UE para luchar contra el blanqueo de capitales contribuirá, por consiguiente, a atajar la financiación del terrorismo de manera más eficaz (Comisión Europea, 2016, p. 11).

Los mecanismos de lucha contra estos fenómenos íntimamente unidos convergen, por consiguiente, en el decomiso y la recuperación de activos, si bien las acciones legales para llevar a cabo la recuperación de los activos son diversas, dependiendo de las leyes y reglamentos de las jurisdicciones involucradas en la investigación, así como de los convenios internacionales o bilaterales y de los tratados (Brun, Gray, Scott & Stephenson, 2013, p. 12).

El decomiso se ha consolidado en los últimos años como un mecanismo indispensable en la lucha contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo, en los distintos instrumentos que se han aprobado en los últimos años a nivel mundial (Naciones Unidas, GAFI),



regional (Unión Europea, Consejo de Europa) y nacional, para luchar eficazmente contra estas actividades delictivas. A pesar de lo que pudiera pensarse por el protagonismo que ha alcanzado en el siglo XXI, el decomiso no es un mecanismo tan novedoso ni tan moderno como se pudiera pensar, sino que ya en los dos últimos lustros del siglo pasado se apuntaba como uno de los métodos en la lucha contra la delincuencia grave. Entre otros, el Consejo de Europa, en el preámbulo del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, presentaba el decomiso de los productos del delito como un método efectivo y moderno en los siguientes términos:

Convencidos de la necesidad de practicar una política penal común dirigida a la protección de la sociedad; Considerando que la lucha contra los delitos graves, que constituye un problema con una dimensión cada vez más internacional, requiere el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional; Estimando que uno de dichos métodos consiste en privar al delincuente del producto del delito; Considerando que para alcanzar dicho objetivo debe establecerse también un sistema eficaz de cooperación internacional (Consejo de Europa, 1990).

En las *Normas internacionales contra el blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*, en particular en la recomendación n.º 4, se ha puesto de relieve la importancia del decomiso y de las medidas provisionales en la lucha contra estas actividades delictivas en los siguientes términos:

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio sobre la financiación del terrorismo, incluidas medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o decomisar y confiscar, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) los bienes blanqueados, (b) los productos derivados o los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en el blanqueo de capitales o en el delito previo, (c) los bienes que sean producto de o utilizados en, dirigidos o destinados para su uso en la financiación del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas o (d) bienes de valor equivalente.

Esas medidas deben incluir la facultad para: (a) identificar, localizar y evaluar los bienes que estén sujetos a comiso, (b) llevar a cabo las medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o enajenación de esos bienes; (c) tomar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del país para congelar

o confiscar o recuperar los bienes que estén sujetos a comiso y (d) tomar las medidas de investigación pertinentes.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin necesidad de condena penal (comiso no basado en una condena) o requieran a un delincuente para que demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a comiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios de su derecho interno (Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI, 2012, p. 12).

Por su parte, la Comisión Europea en la Comunicación que dirige al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada *Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”*, prevé lo siguiente:

Para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades. Las organizaciones delictivas construyen redes internacionales a gran escala y ganan enormes beneficios de sus distintas actividades ilícitas. A continuación, los productos del delito se blanquean y se reinyectan en la economía legal.

La eficacia de los sistemas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la cooperación internacional en este campo son de vital importancia. Sin embargo, aun en los casos en que las organizaciones delictivas han conseguido blanquear los productos de sus actividades ilícitas, siempre es posible identificar sus bienes gracias a la inteligencia financiera y a la investigación y proceder a continuación a su embargo y recuperación (Comisión Europea, 2008, p. 5).

En este trabajo nos ocuparemos de las modalidades de decomiso y de recuperación de activos previstas en la Unión Europea, y en particular, en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito (DOUE L 127/39, 29.04.2014), norma jurídica de carácter vinculante para los Estados miembros en la que se ha puesto de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada y otras actividades delictivas graves asociadas a ella, en los tres primeros considerandos:

(1) La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada

deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo.

(2) Los grupos de delincuencia organizada no conocen fronteras y cada vez adquieren más activos en Estados miembros distintos de aquellos en los que están basados y en terceros países. Existe una necesidad cada vez mayor de cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos y de asistencia jurídica mutua.

(3) Entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran el establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de tales delitos, así como la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2014).

Pero no podemos olvidar que para garantizar que el delito no resulte provechoso y evitar que los beneficios del mismo se vuelvan a invertir, son varias las medidas preventivas y represivas complementarias al decomiso que se deben adoptar, y si bien en este trabajo nos dedicaremos con mayor profusión a analizar la regulación del decomiso también nos referiremos a las medidas preventivas.

### **Blanqueo de capitales, delincuencia organizada y financiación del terrorismo.**

Los desafíos y las amenazas más graves que en la actualidad afronta la Unión Europea son la delincuencia organizada, el terrorismo y la ciberdelincuencia, amenazas graves que requieren acciones coordinadas a nivel mundial, de la Unión Europea y nacional (Parlamento Europeo, 2015, p. 14). No obstante, y como ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Agenda Europea de Seguridad, de 9 de julio de 2015, no podemos olvidar que el objetivo de seguridad no se puede perseguir de forma aislada, sino que

[...] la libertad, la seguridad y la justicia son objetivos que deben perseguirse en paralelo; que, para alcanzar la libertad y la justicia, las medidas de seguridad deben, por lo tanto, respetar siempre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, y deben estar sujetas al control democrático y la rendición de cuentas debidos; que la dimensión de la justicia no está suficientemente cubierta en la Agenda Europea de Seguridad (Parlamento Europeo, 2015, p. 3).

En la lucha contra estos fenómenos delictivos, se debe buscar

[...] el equilibrio adecuado entre políticas de prevención y medidas represivas, a fin de salvaguardar la libertad, la seguridad y la justicia; destaca que las medidas de seguridad deben aplicarse siempre de acuerdo con los principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la privacidad y la protección de datos, la libertad de expresión y de asociación y las garantías procesales; pide a la Comisión, por consiguiente, que cuando ponga en práctica la Agenda de Seguridad tenga debidamente en cuenta la reciente sentencia del Tribunal de Justicia la Directiva sobre conservación de datos (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12), que establece que todos los instrumentos deben cumplir los principios de proporcionalidad, necesidad y legalidad e incluir las salvaguardias adecuadas de rendición de cuentas y recurso judicial; pide a la Comisión que analice debidamente las repercusiones de esta sentencia para cualquier instrumento que implique la retención de datos para fines policiales (Parlamento Europeo, 2015, p. 4).

La delincuencia organizada tiene un enorme coste humano, social y económico habiendo pretendido aprovecharse tanto de las lagunas en el sistema coercitivo como de su propio carácter transfronterizo. A día de hoy, en la lucha contra la delincuencia organizada, en la Agenda Europea de Seguridad se aspira a implantar medidas eficaces para “seguir el rastro del dinero”, ampliando las competencias de las unidades de información financiera a fin de hacer un mejor seguimiento de las operaciones financieras de las redes de delincuencia organizada y de reforzar los poderes de las autoridades nacionales competentes para embargar y decomisar bienes ilícitos. También se pretende revisar el marco jurídico de las armas de fuego para reducir el acceso a ellas por parte de delincuentes y terroristas. Las redes de delincuencia organizada también alimentan y financian actividades terroristas, por lo que es urgente ponerles coto (Parlamento Europeo, 2015, pp. 16-17).

Por otra parte, los recientes atentados perpetrados en la Unión Europea y en otras partes del mundo han puesto de manifiesto la necesidad de que la Unión trabaje en todos los ámbitos para prevenir y combatir el terrorismo, sobre todo en punto de su financiación. Los terroristas y las organizaciones terroristas necesitan recursos, por lo que cortar sus fuentes de ingresos, aumentar las posibilidades de detectarlos al utilizar los fondos y utilizar adecuadamente la información del proceso de financiación son medidas que pueden, por ende, contribuir extraordinariamente a la lucha contra el terrorismo (Comisión Europea, 2016, p. 2).

En el *Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo*, se afirma que los trabajos llevados a cabo a nivel internacional, en particular los de Naciones Unidas y del GAFI, proporcionan una buena base para avanzar en la lucha contra la financiación del terrorismo, a este efecto debemos recordar que varios Estados miembros de la Unión Europea son miembros del GAFI y que también participa la Comisión (Comisión Europea, 2016, p. 2).

A nivel de Naciones Unidas, cabe destacar la Resolución 2178 (2014), del 24 de septiembre de 2014, del Consejo de Seguridad, documento en el que se impusieron nuevas obligaciones en términos de tipificación de la financiación del terrorismo, lo que ha dado lugar a la firma del Protocolo adicional al Convenio para la prevención del terrorismo del Convenio de Europa (CETS nº 196), cuyo objeto es facilitar la aplicación de la Resolución del Consejo de Seguridad aludida, sobre los combatientes terroristas extranjeros y, en particular, tipificar como delitos determinados actos definidos en la disposición operativa 6 de la citada Resolución. Este Protocolo Adicional fue firmado en nombre de la Unión Europea por la Comisión Europea el pasado 18 de septiembre de 2015 (Decisión (UE) 2015/1914 del Consejo).

A nivel de GAFI destacan las normas establecidas en las 40 *Normas internacionales contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación*. Las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) publicadas en 2012 en relación con la financiación del terrorismo y, más concretamente, la relativa a la tipificación de la financiación del terrorismo (recomendación 5) que dispone que los países deben tipificar como delito la financiación del terrorismo sobre la base del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y que deben tipificar como delito no solo la financiación de actos terroristas, sino también la financiación de organizaciones terroristas y de terroristas individuales, incluso en ausencia de relación con un acto o actos específicos de terrorismo. No obstante, en vista de la urgente necesidad de abordar la amenaza planteada por los combatientes terroristas extranjeros, el GAFI ha modificado la nota interpretativa de la recomendación 5 sobre el delito de financiación del terrorismo para incorporar los elementos pertinentes de la RCSNU 2178, aclarándose que la recomendación 5 exige a los Estados que tipifiquen como delito la financiación de los viajes de las personas que se desplacen a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad con el propósito de

cometer, planificar o preparar actos terroristas, participar en tales actos, o impartir o recibir adiestramiento con fines de terrorismo.

El *Plan de Acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo* de la Comisión, se basa en las normas que están en vigor en la UE con el fin de adaptarse a las nuevas amenazas, y actualiza políticas y prácticas en consonancia con las normas internacionales. Son dos las líneas de acción principales relacionadas con la financiación del terrorismo que se señalan: cómo reforzar la detección y prevención de los movimientos de fondos y otros activos por las organizaciones terroristas y sus valedores; y cómo interferir en mayor medida en las fuentes de ingresos de las organizaciones terroristas, centrándose fundamentalmente en la capacidad de obtener fondos (Comisión Europea, 2016, p. 4).

La UE contribuye a la prevención de la financiación del terrorismo mediante su legislación contra el blanqueo de capitales, la red de unidades de inteligencia financiera y el Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo UE-EE.UU. Con el fin de intensificar inmediatamente la persecución de la financiación del terrorismo dentro del marco jurídico vigente, y a pesar de que aún no hace un año desde que se adoptara la cuarta Directiva de la Unión Europea destinada a responder a la amenaza del blanqueo de capitales –Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión–, la Comisión ya ha propuesto, en el *Plan de Acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo*, efectuar una serie de cambios en la 4ª Directiva contra el blanqueo de capitales, el primero de ellos relacionado con la necesidad de su rápida transposición y entrada en vigor: que se aplique efectivamente, como muy tarde, a finales de 2016. También ha propuesto nuevas acciones para combatir la utilización del sistema financiero con fines de financiación del terrorismo:

- a) dar efecto concreto a la «lista de terceros países de alto riesgo»;
- b) plataformas de cambio de monedas virtuales;
- c) instrumentos de prepago (como las tarjetas de prepago anónimas);

d) registros centralizados de cuentas bancarias y cuentas de pago y sistemas centrales de recuperación de información, lo que permitirá a las UIF y a otras autoridades competentes acceder a información sobre cuentas bancarias y cuentas de pago. Incluso, va a estudiar la posibilidad de contar con un instrumento jurídico específico independiente para ampliar el acceso a estos registros centralizados de cuentas bancarias y cuentas de pago, permitiendo en particular este instrumento consultar dichos registros en otras investigaciones como, por ejemplo, las investigaciones policiales relacionadas con la recuperación de bienes y los delitos fiscales y por otras autoridades, *verbi gratia*, las autoridades fiscales, los organismos de recuperación de activos, otros servicios con funciones coercitivas o las autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción, medidas acompañadas de las correspondientes salvaguardias, en especial, la relativas a la protección de datos y las condiciones de acceso;

e) mejorar la cooperación en materia de información financiera, facilitando la cooperación entre las unidades de información financiera (UIF) (Comisión Europea, 2016, pp. 7-9).

La Comisión, igualmente, va a impulsar, entre otras, la siguiente iniciativa: mejorar la eficiencia de las medidas de inmovilización de activos basados en las listas de Naciones Unidas, de manera que las nuevas listas de Naciones Unidas sean accesibles a las entidades financieras de la UE y a los agentes económicos inmediatamente después de su publicación, pero antes de su transposición a nivel europeo, a través de la base de datos de sanciones financieras, a fin de reducir el riesgo de fuga de activos antes de la entrada en vigor de los actos jurídicos de la UE (Comisión Europea, 2016, p. 9). También se va a centrar en las fuentes de financiación del terrorismo (p. 13).

### **Marco jurídico del decomiso y del embargo en la Unión Europea.**

El vigente marco normativo relativo al embargo preventivo y el decomiso de los instrumentos y de los productos de la delincuencia se encuentra contemplado en los siguientes instrumentos jurídicos:

a) Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, del 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (Consejo de la Unión Europea, 2001, p. 1).

b) Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (Consejo de la Unión Europea, p. 49).

c) Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2014, p. 39), a través de la cual se modifican y amplían las disposiciones de las Decisiones marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, permaneciendo en vigor algunas de sus disposiciones con el fin de mantener un cierto grado de armonización con respecto a las actividades delictivas no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (Aguado, 2015a, p. 3).

d) Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, del 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (Consejo de la Unión Europea, 2003, p. 45). No obstante, respecto a esta Decisión marco debe tenerse presente que el mismo día en el que se aprobó la Directiva 2014/42/UE, sobre embargo y decomiso, también se aprobó, sobre la base del art. 82.1.a) TFUE, la Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación penal, en la cual se incluyen normas sobre reconocimiento mutuo del embargo y en la que se prevé la sustitución, a partir de mayo de 2017, de las disposiciones de la Decisión marco 2003/577/JAI, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.

e) Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, del 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (Consejo de la Unión Europea, 2006, p. 59).

Además de los instrumentos señalados, no podemos dejar de mencionar la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, del 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito (Consejo de la Unión Europea, 2007, p. 103); así como otras directivas del Parlamento Europeo y del Consejo que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de la Directiva 2014/42/UE, en particular, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento



Europeo y del Consejo; la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; y de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas todas ellas a los derechos procedimentales en los procesos penales (considerando 40 Directiva 2014/42/UE).

Pese a la relevancia del decomiso como mecanismo de lucha contra estos fenómenos delictivos que amenazan la seguridad a nivel mundial, y de los instrumentos que se han aprobado en los últimos años a nivel de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la Agenda Europea de Seguridad 2015-2020, en su considerando 20, “lamenta que instrumentos como la congelación y la confiscación de los bienes de origen delictivo no se utilicen sistemáticamente en todos los casos transfronterizos pertinentes”(p. 7), solicitando que se redoblen los esfuerzos de los Estados miembros y de la Comisión en este aspecto. Esta afirmación no nos debe extrañar si tenemos en cuenta que, a pesar de que el plazo de transposición de la principal norma europea de carácter vinculante para los Estados miembros que regula actualmente el decomiso y el embargo –la Directiva 2014/42/UE del Parlamento y del Consejo, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos de la Unión Europea–, expira el día 4 de octubre de 2016, a fecha de 11 de marzo de 2016, tan solo Malta, Holanda y España habían aprobado las medidas legislativas necesarias para transponerla a sus respectivos ordenamientos jurídicos (Aguado, 2015b, p. 1001).

### **Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea**

#### **Objeto y ámbito de aplicación.**

Tras una larga y complicada tramitación legislativa, finalmente se aprobó la Directiva 2014/42/UE del Parlamento y del Consejo, del 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y productos del delito en la Unión Europea (Aguado, 2014, p. 1; Aguado, 2015a, p. 4).

El objeto de la citada Directiva es “establecer normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal” (art. 1). Esto, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer competencias más amplias en sus respectivos ordenamientos jurídicos, incluso en relación con sus normas en materia de

prueba (considerando 22) y con independencia de los distintos procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de los que se trate (art. 1.2). Los Estados miembros ostentan la facultad de iniciar ante cualquier tribunal competente procedimientos de decomiso en relación con procedimientos penales (considerando 10).

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación territorial, debemos aclarar que esta Directiva no se aplica en los 28 Estados miembros de la Unión Europea, dado que el Reino Unido y Dinamarca no han participado en su adopción por lo que no quedan vinculadas a la misma ni sujetos a su aplicación, a reserva de la participación futura del Reino Unido, esta autoexclusión pone en grave peligro la consecución del objetivo de la Directiva 2014/42/UE.

El ámbito de aplicación objetivo de la Directiva se encuentra regulado en su art. 3, previéndose su aplicación a dos grupos de infracciones penales:

El primer grupo de infracciones a las que se puede aplicar, según se desprende de lo dispuesto en las letras a) a k) del art. 3, está integrado por nueve de las diez actividades delictivas (únicamente falta el tráfico de armas) enumeradas en el artículo 83.1.2º del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE* conocidas como los “eurodelitos” o “delitos europeos”: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de niños, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada. Los “eurodelitos” son ámbitos delictivos respecto de los que:

El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes (art. 83.1.1º TFUE).

No obstante, debe tenerse presente que, en tanto la delincuencia organizada es uno de los ámbitos delictivos incluidos en el inciso 2º del art. 83.1 TFUE, la Directiva 2014/42/UE se podrá aplicar a más infracciones delictivas que las previstas en los instrumentos enumerados en las letras a) a k) del art. 3 de la misma, siempre que se cometan participando en una organización criminal, tal y como se define ésta en la Decisión marco 2008/841/JAI

del Consejo, del 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de tráfico de armas que, pese a ser el único de los “eurodelitos” que no está contemplado en las letras a) a k) art. 3.1º D, se le podrá aplicar lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE siempre que se haya cometido en el marco de una organización criminal.

Entre las actividades delictivas a las que se puede aplicar en la actualidad lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, se encuentra el delito de blanqueo de capitales, puesto que, en virtud de lo dispuesto en su art. 3.1º e), ésta es aplicable a las infracciones contempladas en la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, del 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Pero, por paradójico e increíble que pueda parecer, aun cuando el Convenio nº 198 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo y la recomendación 3 del GAFI exigen la tipificación del blanqueo de capitales, la legislación de la UE todavía no se ha adecuado completamente a este requerimiento, ya que en la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, del 26 de junio de 2001 –uno de los primeros instrumentos europeos aprobados sobre la base del Tratado de Ámsterdam con el fin de armonizar la normativa penal en el, por entonces recién estrenado, espacio de seguridad, libertad y justicia (1999)– no encontramos ninguna definición de blanqueo de capitales por lo que tenemos que remitirnos al Convenio del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, como se desprende de lo dispuesto en el articulado 1 de la citada Decisión Marco 2001/500/JAI, dedicado a las “Reservas al Convenio de 1990”.

Y es que, aun cuando todos los Estados miembros han tipificado como delito el blanqueo de capitales, existen diferencias entre ellos por lo que respecta a su definición y a las sanciones, lo que provoca una falta de armonización que pretende ser superada a través de la aprobación, sobre la base jurídica del art. 83.1 TFUE, de una nueva Directiva en materia de infracciones penales y sanciones por blanqueo de capitales, cuyo objetivo será introducir normas mínimas relativas a la definición de la infracción penal de lavado de activos (aplicada a los delitos de terrorismo y otros delitos graves) y la aproximación de las sanciones, según ha puesto de manifiesto la Comisión

en el reciente *Plan de Acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo*, habiendo previsto la presentación de la Propuesta de Directiva a más tardar el 4º trimestre de 2016 (Comisión Europea, 2016, p. 13). La futura Directiva en materia de blanqueo de capitales también contribuirá a evitar la obstaculización de la cooperación policial y judicial transfronteriza que la diversidad de definiciones genera y que de forma indirecta afecta a la financiación del terrorismo (p. 11). Sin duda, reforzar el marco jurídico de la UE para luchar contra el blanqueo de capitales contribuye a la postre a atajar la financiación del terrorismo de forma más eficaz.

Por lo que respecta al terrorismo, cabe destacar que, en diciembre de 2015, la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo una Propuesta de Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo [Bruselas, 2.12.2015 COM(2015) 625 final]. En esta Propuesta se amplían las conductas delictivas, ya que la Decisión marco 2002/475/JAI –a cuyas infracciones penales se les aplica la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso– actualmente solo requiere la tipificación penal de la financiación del terrorismo en la medida en que se suministren fondos a un grupo terrorista, pero no si se financia, por ejemplo, la comisión de cualesquiera delitos ligados a actividades terroristas, como la captación, el adiestramiento o el viaje al extranjero con fines terroristas. Además, de acuerdo con la necesidad de abarcar las diversas formas de apoyo a actividades terroristas, entre ellas las operaciones comerciales y la importación y exportación de mercancías destinadas a facilitar la comisión de delitos de terrorismo, la Propuesta aclara que todo tipo de ayuda específica a tal efecto quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (Comisión Europea, 2016, p. 7).

Al segundo grupo de infracciones se refiere la Directiva 2014/42/UE, que prevé la ampliación del ámbito de aplicación de la misma *ad futurum* en los siguientes términos: “así como cualquier otro acto jurídico, si en el acto de que se trate se establece expresamente que la presente Directiva se aplica a las infracciones penales que se armonicen en el mismo” (inciso final del art. 3). Es una cláusula que, en atención a la base jurídica de la Directiva, se puede poner en relación con los incisos 2º y 3º del art. 83.1TFUE, en particular, con el tráfico de armas y los nuevos “eurodelitos”, no faltando quien entiende que esta cláusula alarga el posible ámbito de aplicación de

la Directiva a los delitos objeto de armonización en el sentido del art. 83.2 TFUE (Maugeri, 2014, p. 4).

### **Definiciones previstas en la Directiva 2014/42/UE**

De vital importancia a la hora de delimitar el objeto y el alcance y, por ende, asegurar la eficacia del decomiso y del embargo, son las definiciones de los términos contemplados en el art. 2 de la Directiva 2014/42/UE, en concreto, de lo que ha de entenderse por “producto”, “bienes”, “instrumento”, “decomiso”, “embargo” e “infracción penal”; definiciones que, por otra parte, no son del todo novedosas, al proceder en su mayoría de Decisiones marco anteriores, en particular, del artículo 1 de la Decisión Marco 2005/212/UE y de las Convenciones de Naciones Unidas de Palermo y contra la Corrupción.

Dado que las mayores novedades se presentan en punto de los términos “producto” del delito y “decomiso”, nos ocuparemos de ellas a continuación.

Acorde con la Directiva 2014/42/UE, por “producto” se entiende “toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo, así como cualquier beneficio cuantificable” (art. 2.1). Con el fin de despejar las dudas que se pudieran plantear sobre este concepto, cuya delimitación sigue generando debate a nivel doctrinal y jurisprudencial, se aclara que:

Producto puede ser cualquier bien, aunque haya sido transformado o convertido, total o parcialmente, en otro bien, y el que haya sido entremezclado con otro bien adquirido legítimamente, hasta el valor estimado del producto entremezclado. También puede incluir los ingresos u otras ventajas económicas derivadas del producto del delito o de bienes procedentes de la transformación, conversión o mezcla de dicho producto (considerando 11).

En relación con esta última aclaración, cabe destacar que, en la línea de lo previsto en los instrumentos de las Naciones Unidas, en los casos en los que se haya entremezclado el producto del delito con bienes lícitos se prevé la limitación del comiso del producto hasta el valor estimado del producto entremezclado, debiéndose entender esta previsión como una expresión del principio de proporcionalidad. Debe tenerse presente que esta interpretación del concepto “producto” no solo es válida para las infracciones penales

contempladas en la presente Directiva, sino también para las infracciones penales no reguladas por la misma (considerando 14).

Con esta definición se responde a la petición realizada en su día por el Parlamento Europeo a la Comisión en la Resolución sobre la Delincuencia Organizada, del 25 de octubre de 2011, sobre la necesidad de precisar

[...] en sus propuestas legislativas que el concepto de producto del delito definido en la Convención de Palermo de las Naciones Unidas y recogido en la Decisión marco 2008/841/JAI es más amplio que el de beneficio; invita a los Estados miembros a incluir sin demora dicho concepto en sus ordenamientos jurídicos a fin de permitir que cualquier ingreso relacionado directa o indirectamente con la comisión de delitos en el ámbito de las organizaciones criminales pueda ser objeto de decomiso y confiscación (Parlamento Europeo, 2011).

En la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de 2011 (LMED) se define como “productos” a aquellos “bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas” [art. 1. c)], interesándonos destacar algo que adquiere gran relevancia en el delito de blanqueo de capitales: el art. 6 LMED incluye, entre los que darán lugar a la extinción de dominio, los “bienes que sean objeto material de actividades lícitas” (letra c), así como “bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas” (letra g). Y nos interesa destacar estos dos presupuestos por diferentes motivos: el primero de ellos, porque en la Directiva 2014/UE/42 no se hace referencia expresa a bienes que sean objeto material de actividades ilícitas, lo cual es un desacierto por lo que respecta, sobre todo, al delito de blanqueo de capitales. El segundo, porque se puede poner en relación con el delito de blanqueo de capitales, el delito de posesión de bienes injustificados (Aguado, 2013, p. 13), con el delito de enriquecimiento ilícito así como con el decomiso ampliado y el decomiso sin condena.

En el ámbito de la Unión Europea, ante la coexistencia de diferentes procedimientos legales en los distintos Estados miembros que perseguían el mismo objetivo de incautar los productos del delito (decomiso penal, decomiso civil, utilización de las competencias de las autoridades fiscales), la Comisión, en su Comunicación *Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”* (2008), planteó para el debate dos ideas, si bien ninguna de ellas fue recogida en la Directiva 2014/42/UE y, final-

mente, se adoptó una solución de compromiso a través de la modalidad del decomiso ampliado.

Por una parte, la idea de crear un nuevo delito de posesión de bienes “injustificados” con el fin de perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario, y éste tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, sobre la base de que, en opinión de la Comisión, el delito de posesión de bienes injustificados introducido en el art. 321.6 del Código Penal francés en el año 2006, estaba “resultando muy eficaz”. En este artículo del CP francés se castiga a quien no pueda justificar los recursos correspondientes a su nivel de vida o no pueda justificar el origen de un bien, siempre que mantenga relaciones habituales con una o varias personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos castigados con penas superiores a 5 años (Comisión Europea, 2008, p. 7).

Por la otra, la inclusión como uno de los supuestos en los que pudiese acordar el decomiso sin condena penal, aquellos casos en los que

[...] exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes (Comisión Europea, 2008, p. 7).

La diferencia entre el delito de posesión de bienes injustificados y el decomiso sin condena penal residiría en que, en el primero, el procedimiento se sustanciaría ante un tribunal penal y no se invertiría totalmente la carga de la prueba.

Aun cuando este delito de posesión de bienes injustificados presenta semejanzas con el delito de enriquecimiento ilícito, también se pueden constatar algunas diferencias, entre otras, que el principal ámbito de aplicación del delito de enriquecimiento ilícito es el de la corrupción, configurándose en los instrumentos internacionales (art. 20 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción) y en algunos regionales (Convención Interamericana

contra la Corrupción) como un delito especial del que tan solo puede ser sujeto activo un funcionario público, si bien hay algún instrumento regional en el que puede ser cometido tanto por un funcionario público como por “cualquier otra persona”, este es el caso de la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción (Carpio, 2015, p. 39).

En Europa, a diferencia de Latinoamérica, este delito de enriquecimiento ilícito no ha tenido gran acogida y en algún país como Portugal en el que se intentó incluir se quedó en una mera tentativa, pues el Tribunal Constitucional lo declaró inconstitucional por contravenir el principio de presunción de inocencia (Blanco, 2013, p. 1). En general, los Estados de Europa Occidental se muestran reacios a sancionar penalmente el enriquecimiento ilícito por reparos constitucionales relacionados tanto con la inversión de la carga de la prueba como con el derecho a la presunción de inocencia (p. 4), reparos que, por otra parte, también han estado siempre presentes en la regulación del decomiso sin condena y el decomiso ampliado.

En otro orden de cosas, tampoco podemos pasar por alto el importante cambio que ha sufrido en la Directiva la definición del término “decomiso”. Por éste se entiende “la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal” (art. 2.4 Directiva 2014/42/UE). Cabe destacar que con esta definición la Directiva evita no ya pronunciarse, sino tan siquiera referirse a un tema tan controvertido y tan polémico como el de la naturaleza jurídica de esta sanción, al suprimir la referencia prevista en la Decisión Marco 2005/212/JAI a su consideración como “pena o medida”, con la que se pretendía respetar la regulación de los distintos países (Aguado, 2015a, p. 12). Aun cuando la definición de decomiso recogida en la Directiva 2014/42/UE es muy parecida a la ofrecida en las Convenciones de Naciones Unidas, se puede constatar una diferencia de suma relevancia por lo que respecta a quién puede acordar el decomiso: en la Directiva se prevé que solo puede ser acordado por un órgano jurisdiccional, al igual que en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio; por el contrario, en las Convenciones de Naciones Unidas de Palermo y contra la Corrupción, la privación definitiva puede ser por “decisión de un tribunal o de otra autoridad competente” (art. 2 g) en ambos casos).

Esta limitación a las autoridades judiciales debe ser bien recibida puesto que resulta más respetuosa con los principios y los derechos afectados



por esta medida. Por el contrario, como tendremos ocasión de constatar posteriormente, el embargo puede ser acordado por una autoridad distinta de la judicial, ya que se prevé que las medidas necesarias para proceder al mismo “serán ordenadas por una autoridad competente” (art. 7.1 Directiva 2014/42/UE), en sintonía con lo previsto en las Convenciones de Naciones Unidas (“tribunal u otra autoridad competente”), inclinándose la balanza en esta ocasión a favor de la eficacia, no faltando quienes se muestren especialmente críticos con esta referencia a la “autoridad competente” (Maugeri, 2014, p. 41).

En la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, se prevé que las actuaciones que limiten derechos fundamentales serán adoptadas previa orden judicial, si bien, en “caso de urgencia u otra necesidad debidamente fundamentada, la autoridad competente podrá adoptar tales medidas, debiendo someterlas a control judicial posterior tan pronto como sea posible” (art. 10.2).

### **Modalidades de decomiso en la Directiva 2014/42/UE.**

El decomiso presenta una gran variedad de modalidades, tanto es así que, parafraseando a Piva (2013), se puede hablar de “decomisos” en plural, para referirse al efecto ablativo consiguiente a la expropiación y a la adquisición del bien por parte del Estado, aludiendo al único elemento común que conservan estas diversas formas de decomiso (p. 201).

De ahí la importancia de respetar el principio de proporcionalidad y las exigencias derivadas del mismo, aun cuando en la Directiva el respeto de este principio no ha tenido un reconocimiento suficiente y satisfactorio (Aguado, 2015a, p. 32), pues tan solo encontramos una exigua referencia a la cláusula de proporcionalidad:

En la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros pueden establecer, en circunstancias excepcionales, que no se proceda al decomiso en la medida en que, de conformidad con el Derecho nacional, la persona afectada pueda quedar en una situación de penuria injustificada, por lo que debe considerarse la situación específica en cada caso. Los Estados miembros deben hacer una aplicación muy restrictiva de esta posibilidad, y solo permitir que no se proceda al decomiso en los casos en que dicha medida ponga a la persona de que se trate en una situación en la que le resulte muy difícil la supervivencia (considerando 18).

En la Directiva 2014/42/UE se regulan cuatro modalidades de decomiso de las que nos ocuparemos a continuación: el decomiso penal o decomiso basado en condena; el decomiso no basado en condena; el decomiso ampliado; y el decomiso sobre bienes de terceros.

### ***Decomiso basado en condena.***

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado (art. 4.1 Directiva 2014/42/UE).

En el apartado 1 del art. 4 Directiva 2014/42/UE, se regula el decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor se corresponda a los mismos, obligándose a los Estados miembros a permitir el decomiso de los instrumentos y de los productos del delito previa resolución penal condenatoria definitiva, así como a prever las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes de valor equivalente tanto de los productos del delito como de los instrumentos. Ahora bien, se deja libertad a los Estados miembros para configurar el decomiso de bienes de valor equivalente con carácter subsidiario o como alternativa al comiso directo, según proceda de conformidad con el derecho nacional (considerando 14).

La inclusión del decomiso de bienes por valor equivalente de los instrumentos no puede pasar desapercibida al constituir una novedad. Hasta ahora, por razones de proporcionalidad, lo habitual tanto en las decisiones marco como en las convenciones de Naciones Unidas, era que el comiso del valor equivalente únicamente se previese en relación con los productos del delito y no respecto de los instrumentos. No obstante, siendo conscientes de los problemas de proporcionalidad que esta previsión puede generar, se insta al respeto del principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Al aplicar la presente Directiva respecto del decomiso de bienes cuyo valor corresponda a instrumentos del delito, podrán ser aplicables las disposiciones pertinentes cuando, a la vista de las circunstancias concretas del asunto en cuestión, la medida sea proporcionada, habida cuenta en particular del valor de los instrumentos de que se trate. Para imposibilitar el decomiso de los instrumentos, los Estados miembros pueden tener en cuenta asimismo el

hecho de que la persona condenada sea responsable o no de la imposibilidad de proceder al decomiso de los instrumentos, así como del alcance de esa responsabilidad (considerando 17).

Se trata de tener en cuenta el valor del instrumento, así como los motivos por los que el decomiso directo no puede tener lugar y si el sujeto ha contribuido con su conducta a que no pueda llevarse a cabo el mismo, y en qué medida ha contribuido a ello (Aguado, 2015a, p. 14).

### ***Decomiso no basado en condena.***

En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio (art. 4.2 Directiva 2014/42/UE).

El decomiso sin condena previsto en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE no se ha regulado finalmente en los términos y con la amplitud deseada por quienes pretendían erigirla, junto con el ya existente decomiso ampliado (art. 3 Decisión Marco 2005/212/JAI), en el principal mecanismo de lucha contra la delincuencia grave de carácter transnacional. Y es que las disposiciones que regulan el decomiso no basado en condena son de las que más cambios han sufrido durante la tramitación de la Directiva 2014/42/UE y no precisamente con el fin de reforzar esta modalidad, sino todo lo contrario.

En la Directiva 2014/42/UE se ha privado a esta modalidad de decomiso de eficacia para luchar contra la delincuencia grave al exigirse que se haya iniciado un proceso penal *in personam*, renunciando así su configuración como una *actio in rem*, en la línea de Ley Modelo sobre Extinción de Dominio. Nos encontramos ante un decomiso no basado en condena “descafeinado”, puesto que, además de exigirse la existencia de un sospechoso o acusado –lo cual impide acordar el decomiso cuando el sospechoso no haya sido identificado–, también se requiere que se hayan incoado procedimientos penales –requisito que permite garantizar el derecho de defensa– en relación con una infracción que pueda dar lugar, directa o indirectamente,

a una ventaja económica y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio. Esta exigencia, como puso de manifiesto en su día la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, significa que lo que justifica el decomiso no basado en condena es una “prognosis del tribunal” (FRA-Opinion-03/12, ap. 14).

Cabe destacar que el decomiso sin condena se regula en el apartado 2 artículo 4 Directiva 2014/42/UE, junto al decomiso basado en condena contemplado en el apartado 1 del citado artículo. Esta ubicación, si la comparamos con la regulación en un artículo independiente de la que gozaba en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión para su debate en el año 2012 (art. 5 PD), denota la clara intención de restarle protagonismo a esta modalidad de decomiso y hacerla pasar “desapercibida”, ya que carece de justificación regular en un mismo artículo ambas modalidades de decomiso, al ser sus presupuestos y requisitos distintos (Aguado, 2015a, p. 17).

Este cambio de ubicación conlleva, igualmente, una restricción de su ámbito de aplicación, pues no se puede acordar en los casos del comiso ampliado, al configurarse con carácter subsidiario respecto del decomiso directo (“En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1...”). Tal carácter subsidiario e incluso de *ultima ratio*, queda confirmado en la Directiva 2014/42/UE, cuando se establece la forma en que deben proceder los Estados miembros cuando el sospechoso o acusado se haya fugado, debiendo en estos casos “adoptar todas las medidas oportunas y exigir que se convoque a la persona de que se trate o que se ponga en su conocimiento el procedimiento de decomiso” (considerando 15).

Por otra parte, debemos destacar que se han reducido tan solo a dos (enfermedad y fuga) los supuestos en los que cabe acordar el decomiso sin condena, habiéndose procedido a eliminar el fallecimiento que aparecía contemplado en la Propuesta de Directiva (art. 5). La circunstancia de “enfermedad” debe entenderse “en el sentido de la imposibilidad del sospechoso o acusado de comparecer en el proceso penal durante un periodo prolongado de tiempo, y ello conlleva como consecuencia que el procedimiento no pueda proseguir en condiciones normales” (considerando 16).

No obstante, no debemos olvidar que la Directiva tan solo establece mínimos, como queda patente por el uso de la expresión “al menos”, de ahí que

los Estados miembros lo pueden prever en más supuestos, incluido el fallecimiento, tal y como ha procedido el legislador español en el art. 127 ter 1. a) CP (LO 1/2015, de 30 de marzo).

### ***Decomiso ampliado.***

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas (art. 5.1 Directiva 2014/42/UE).

Por decomiso ampliado se entiende, a nivel de la Unión Europea, la

[...] capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso (ampliado) no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares (Comisión Europea, 2012, p. 12).

Por lo que respecta al nivel de prueba de la procedencia delictiva de los bienes, la Directiva 2014/42/UE se sitúa en un término medio entre el nivel de plena convicción y la “presunción de probabilidad”, al exigirse que el órgano jurisdiccional

[...] haya resuelto considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien que se trata procede de actividades delictivas (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2014).

Ello se debe a la necesidad de adaptar el nivel de prueba a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, debido a que el “equilibrio de probabilidades” se considera incompatible con algunos de estos ordenamientos jurídicos.

Aun cuando en la Directiva 2014/42/UE no encontremos una referencia directa a la “presunción de probabilidad”, sí que ubicamos una alusión indirecta a ésta cuando se afirma que:

El decomiso ampliado debe ser posible en caso de que un órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien en cuestión procede de actividades delictivas. Esto no significa que deba probarse que el bien en cuestión procede de actividades delictivas. Los Estados miembros pueden estipular que sea suficiente, por ejemplo, con que el órgano jurisdiccional considere, habida cuenta de las distintas probabilidades, o pueda presumir razonablemente, que es sustancialmente más que probable que el bien en cuestión se haya obtenido merced a actividades delictivas que merced a otras actividades (considerando 21).

Además, la Directiva 2014/42/UE reconoce la posibilidad de “que los Estados miembros establezcan competencias más amplias en su derecho nacional, incluso, por ejemplo, en relación con sus normas en materia de prueba” (considerando 22).

Al ilustrar los “hechos específicos y las pruebas disponibles” sobre los cuales se puede basar el tribunal para adoptar su decisión, el criterio de la desproporción entre el valor de los bienes y el importe de los ingresos lícitos “figura en primer plano”, como se pone de manifiesto en la siguiente afirmación: “El hecho de que los bienes de la persona no guarden proporción con sus ingresos lícitos puede ser uno de los elementos que induzcan al órgano jurisdiccional a resolver que el bien procede de una actividad delictiva” (Considerando 21). Aun cuando en la Directiva se evita hablar de “inversión de la carga de la prueba”, el criterio de la desproporción, como en su día puso de manifiesto el Comité de las Regiones, tiene a su favor “subrayar que corresponde a la persona en cuestión aportar la prueba de que los bienes o derechos que no son el producto directo de la infracción, pero cuyo decomiso se pretende, provienen de otras fuentes lícitas de ingresos” (Comité de las Regiones, 2012, apartado 31). Por ello, cobra particular relevancia el reconocimiento de la “posibilidad efectiva de impugnar las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles sobre cuya base se considere que el bien de que se trate procede de una actividad delictiva” (art. 8.8 Directiva 2014/42/UE).

En el texto del art. 5 no se hace referencia alguna a la conexión temporal entre los bienes y las actividades delictivas de las que proceden, aun cuando en la Directiva se prevé que “[l]os Estados miembros también pueden establecer un determinado plazo durante el cual pueda considerarse que el bien procede de una actividad delictiva” (considerando 21).

Requisito adicional exigido expresamente en el art. 5.1 de la Directiva 2014/42/UE para poder acordar el decomiso ampliado, es que se trate de una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, debiéndose acudir a los considerandos para determinar si se trata de una de estas infracciones, pudiendo los Estados miembros tener en cuenta el *modus operandi*:

A la hora de determinar si una infracción penal puede dar lugar a una ventaja económica, los Estados miembros podrán tener en cuenta el *modus operandi*, por ejemplo en caso de que una de las condiciones de la infracción consista en que se haya cometido en el contexto de la delincuencia organizada o con la intención de generar beneficios periódicos procedentes de infracciones penales. No obstante, esto no debería, en general, menoscabar la posibilidad de recurrir al decomiso ampliado (considerando 20).

El ámbito de aplicación de esta modalidad de decomiso viene delimitado por dos criterios, uno material y otro temporal, así:

2. A los efectos del apartado 1 del presente artículo, el concepto de «infracción penal» incluirá, al menos, las siguientes:

- a) la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios;
- b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico;
- c) hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual tal como se dispone en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2011/93/UE; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva; la producción de pornografía infantil a que se refiere el artículo 5, apartado 6, de la citada Directiva;
- d) la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, a que se refieren los artículos 4 y 5, respectivamente, de la Directiva

2013/40/UE, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, de los mencionados en el artículo 7 de dicha Directiva, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad, previstos en el artículo 7 de dicha Directiva;

e) una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2014, art. 5.2).

Por lo tanto, acorde con la Directiva 2014/42/UE, son dos los grupos de infracciones a los que se puede aplicar el decomiso ampliado. En primer lugar, cuando se trate de

[...] una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años [art. 5.2 e)].

Desde nuestro punto de vista, esta previsión genera una falta de armonización en los supuestos en los que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena (Aguado, 2015a, p. 20), que es lo que ocurre con la Decisión Marco 2001/500/JAI relativa al blanqueo de capitales. Y es que la citada Decisión Marco 2001/500/JAI no establece un mínimo de una pena privativa de libertad para los delitos de blanqueo de capitales, sino que tan solo se instaba a los Estados miembros, con el fin de intensificar la lucha contra la delincuencia organizada, a adoptar las medidas necesarias a fin de no formular ni mantener ninguna reserva en relación con el artículo 2 del Convenio de 1990, dedicado a las medidas de confiscación, en concreto,

[...] cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año. No obstante, los Estados miembros podrán mantener reservas sobre el artículo 2 del Convenio de 1990 en lo referente al decomiso de productos de delitos fiscales, con el único objetivo de permitirles proceder al decomiso de dichos productos, tanto en el ámbito nacional como en el marco de la cooperación internacional, sobre la base de instrumentos de derecho nacional, comunitario e internacional en materia de cobro de créditos fiscales (art. 1).



En segundo lugar, quedan exentas de cumplir con el límite general de penas privativas de libertad de al menos cuatro años, entre otras, y por lo que aquí nos interesan, las infracciones de corrupción activa y pasiva en el sector privado [Decisión Marco 2003/568/JAI, art. 5.2.a) Directiva 2014/42/UE]; la corrupción activa y pasiva en la que se encuentren implicados funcionarios de las instituciones de la Unión Europea o de los Estados miembros [Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios, art. 5.2.a) de la Directiva 2014/42/UE]; así como los delitos relativos a la participación en una organización delictiva [art. 2 Decisión Marco 2008/841 JAI; art. 5.2.b) Directiva 2014/42/UE].

No obstante, no podemos olvidar que la previsión del art. 5.2 Directiva 2014/42/UE no es más que un catálogo de mínimos como se infiere del uso de la expresión “al menos”, de ahí que los Estados miembros puedan ampliar este catálogo de actividades delictivas tal y como ha procedido el legislador español en el art. 127 bis CP, a través de la LO 1/2015, del 30 de marzo.

### ***Decomiso de bienes de terceros.***

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado (art. 6.1 Directiva 2014/42/UE).

Otra de las novedades contempladas en la Directiva 2014/42/UE, junto al decomiso sin condena, es el decomiso de bienes de terceros ante la constatación de que cada vez con más frecuencia los sospechosos o acusados transfieren activos de origen delictivo a terceros con su conocimiento con el fin de evitar el decomiso, y ante la falta de normas vinculantes sobre el decomiso de bienes transferidos a terceros.

Se puede afirmar que en la regulación del decomiso de bienes de terceros en la Directiva 2014/42/UE, se ha concedido una primacía absoluta a la eficacia frente a las garantías. En primer lugar, se reconoce a los Estados

miembros la facultad de configurarlo como una medida subsidiaria o alternativa del decomiso directo (considerando 25). En segundo lugar, para acordar este decomiso basta que los bienes hayan sido, directa o indirectamente, transferidos por un “sospechoso o acusado” o que hayan sido adquiridos a un “sospechoso o acusado”, no siendo necesario, por consiguiente, esperar a la sentencia del decomiso directo. La no exigencia de sentencia incrementa la eficacia de esta modalidad de decomiso a costa de la vulneración del derecho a la propiedad y del principio de proporcionalidad.

En la Directiva 2014/42/UE se prevé esta modalidad de decomiso tanto para los casos en los que se transfieren a terceros como en aquellos otros en los que son adquiridos por ellos, refiriéndose con la “adquisición por un tercero”

[...] a situaciones en las que, por ejemplo, el bien ha sido adquirido por el tercero, directa o indirectamente, por ejemplo, mediante un intermediario, de un sospechoso o persona acusada, incluso cuando la infracción penal haya sido cometida en su nombre o para su beneficio, en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse (considerando 24).

Esta forma de entender la adquisición por un tercero amplía desmesuradamente los supuestos en los que cabe acordar el mismo, aun cuando se intenta limitar considerándolo como un decomiso subsidiario respecto del decomiso directo, a través del uso de la expresión “en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse”.

La protección del tercero adquirente de buena fe y el necesario respeto del principio de proporcionalidad han llevado a restringir los supuestos en los que cabe acordar el decomiso de bienes de terceros, exigiéndose el requisito de que esos terceros “tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o la adquisición era evitar el decomiso”, basándose, para ello, en una serie de hechos y circunstancias concretas que se pueden tener en cuenta al valorar este requisito: en concreto, que la transferencia o adquisición se haya realizado “gratuitamente o por un importe significativamente inferior al valor del mercado” (art. 6.1 Directiva 2014/42/UE). No obstante, el legislador español se conforma con que al tercero le hayan transferido los bienes “por un precio inferior al real del mercado” (art. 127 ter CPE – LO 1/2015, de 30 de marzo), a pesar de que en la Directiva se habla de “valor significativamente inferior al valor del mercado”, lo que

implica una ampliación desmesurada del ámbito de aplicación del decomiso de bienes de terceros (Aguado, 2015b, p. 1035).

Dependiendo de cómo se incorpore lo dispuesto en este artículo 6 de la Directiva 2014/42/UE a los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a través del decomiso de bienes de terceros lo que se puede facilitar es, en realidad, acordar el decomiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos terceros a efectos del decomiso (Aguado, 2014, p. 50).

Así sucede con la regulación del decomiso de bienes de terceros contemplado en el art. 127 quáter Código Penal Español (LO 1/2015, del 30 de marzo), en el que se regula esta modalidad de decomiso en unos términos que distan mucho del texto de la Directiva 2014/42/UE, en la denodada búsqueda del legislador español de una mayor eficacia aún a costa de vulnerar los derechos del tercero y el principio de proporcionalidad (Aguado, 2015b, p. 1035). Y es que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva y sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CPE. En el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia, previsto en el art. 301.3 CPE (Aguado, 2015b, p. 1035); en la misma línea, Vidales (2015) insiste en el riesgo de que una vez incautados los bienes, decaiga el interés por la persecución del eventual delito cometido, entre otros, el delito de blanqueo de capitales (p. 8).

Aun cuando los derechos del tercero de buena fe quedan a salvo en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 6 Directiva 2014/42/UE, en el considerando 24 *in fine* de forma implícita se reconoce la realidad, es decir, la posibilidad de que éstos se vean perjudicados como se desprende del uso del condicional: “no deberían verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe”. Posibilidad que se acrecienta ante la previsión de que también estos bienes “pueden ser objeto de embargo a efectos de un posible decomiso” (art. 6.2 Directiva 2014/42/UE). Por ello, y conscientes

de la injerencia en los derechos del tercero de buena fe que esta previsión conlleva, la Directiva 2014/42/UE reconoce el derecho que tienen los terceros a “reclamar la titularidad de un bien u otros derechos de propiedad, incluso en los casos a los que hace referencia el artículo 6” (art. 8.9). Además, con el fin de asegurar los derechos de los terceros de buena fe, en el art. 8.1 Directiva 2014/42/UE se reconoce el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo a todas las personas afectadas por las medidas previstas en ella.

Lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE afecta sustancialmente los derechos personales no solo de los sospechosos o acusados, sino también de terceros no procesados, siendo necesario, por ello, establecer garantías específicas y recursos judiciales para garantizar la protección de sus derechos fundamentales (considerando 33). Esto incluye el derecho a ser oído del que gozan los terceros que reclamen la propiedad de los bienes de que se trate, o que reclamen otros derechos de propiedad (derechos reales o *ius in re*) como el derecho de usufructo (art. 8.9 Directiva 2014/42/UE). En el ordenamiento jurídico español, la intervención en el procedimiento de los terceros que puedan verse afectados por el decomiso se ha regulado recientemente por primera vez en los nuevos artículos 803 ter a) a 803 ter d) Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma sufrida por ésta a través de la Ley 41/2015, del 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

De vital importancia para asegurar la eficacia de este decomiso de terceros, es que también se pueda acordar sobre personas jurídicas, motivo por el cual la Directiva 2014/42/UE prevé que “[l]as normas sobre el decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como a jurídicas” (considerando 24).

### ***Decomiso y ejecución efectivos.***

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para detectar y localizar los bienes que deban ser objeto de embargo y de decomiso, incluso después de la sentencia condenatoria firme por una infracción penal o de resultados del procedimiento en aplicación del artículo 4, apartado 2, y garantizar la ejecución efectiva de la resolución de decomiso, de haberse emitido ya ésta (art. 9 Directiva 2014/42/UE).

A nivel europeo, en las Conclusiones del Consejo de la UE sobre el decomiso y la recuperación de activos de junio de 2010, se hizo hincapié en la necesidad de centrar la atención no solo en la fase de investigación que lleva al rastreo, detección y custodia de los activos, como se venía haciendo, sino también en las fases posteriores de decomiso y recuperación, es decir, las fases judicial, ejecutoria y de enajenación. Incluso, se solicitó a los Estados que estudiaran “la posibilidad de crear un marco jurídico a efectos del rastreo, la custodia y el decomiso de activos aún después de la pronunciación de una condena definitiva por un delito” (Consejo de la Unión Europea, 2010, pp. 5-6).

Ante la frecuencia con la que los acusados o sospechosos ocultan sus bienes durante el proceso penal impidiendo de esta manera la ejecución de las resoluciones de decomiso, a través de este precepto se posibilita la determinación del alcance de esos bienes, incluso después de una condena firme por una infracción penal, con el fin de permitir la plena ejecución de las resoluciones de decomiso en los casos en los que inicialmente no se haya descubierto ningún bien o el mismo fuera insuficiente y la resolución de decomiso no se haya podido ejecutar (considerando 30, Directiva 2014/42/UE).

En virtud de lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias “para detectar y localizar los bienes que deben ser objeto de embargo y de decomiso” (art. 9), incluso después de la sentencia o de las resultas del procedimiento del decomiso sin condena, con el fin de “garantizar la ejecución efectiva de la resolución de decomiso de haberse emitido ya ésta” (art. 9).

La inclusión de esta previsión en la Propuesta de Directiva que se presentó al Consejo y al Parlamento Europeo, se justificó por la Comisión en los siguientes términos:

Las personas sospechosas de pertenecer a organizaciones de delincuentes han logrado ocultar sus activos, a menudo gracias al asesoramiento de profesionales cualificados. Las investigaciones sobre los activos de cara a su posible decomiso ulterior son, por lo general, largas y deben realizarse respetando los plazos de los correspondientes procedimientos penales.

Cuando se haya dictado una resolución de decomiso y no se haya descubierto ninguna propiedad, o esta sea insuficiente, y la resolución de decomiso no pueda ejecutarse, este artículo obliga a los Estados miembros a permitir la

realización de las investigaciones financieras necesarias de los activos de la persona al objeto de ejecutar plenamente dicha resolución. Esta disposición aborda el problema de la prohibición de realizar actividades de decomiso una vez concluido el proceso penal y permite aplicar las resoluciones de decomiso no ejecutadas o ejecutadas parcialmente a los activos anteriormente ocultos que hayan reaparecido entre tanto, incluso cuando haya finalizado el proceso penal (Comisión Europea, 2012, pp. 18-19).

Como puso de manifiesto el CESE en su dictamen, solo serían aceptables medidas de investigación posteriores en el marco de una continuidad de la ejecución efectiva de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional (Comité Económico y Social - CESE, 2012, p.131).

### **Regulación del embargo en la Directiva 2014/42/UE**

#### ***Embargo.***

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proceder al embargo de los bienes con vistas a su posible decomiso. Entre dichas medidas, que serán ordenadas por una autoridad competente, se incluirán las actuaciones urgentes que haya que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien (art. 7.1 Directiva 2014/42/UE).

Las medidas cautelares adquieren gran importancia con el fin de asegurar la efectividad del decomiso, en particular, el embargo entendiéndose por este “la prohibición temporal de transferir, destruir, convertir, disponer o poner en circulación bienes, o la custodia o el control temporales de bienes” (art. 2.5 Directiva 2014/42/UE). La definición ofrecida por la Directiva 2014/42/UE no dista mucho de las contempladas en otros instrumentos de Naciones Unidas, como la Convención de Palermo o la Convención contra la Corrupción.

En la Directiva 2014/42/UE se regula quién puede acordar las medidas cautelares, disponiéndose que serán “ordenadas por una autoridad competente” (art. 7), incluidas “las actuaciones urgentes que se hayan de emprender” (art. 7) cuando sea necesario para asegurar el bien dado el alto riesgo que en algunas circunstancias existe de que estos bienes desaparezcan, se oculten o sean transferidos antes de que la autoridad competente ordene su embargo. Entre estas actuaciones urgentes pueden citarse, a modo de ejemplo, la prohibición inmediata de la transferencia, conversión, disposición o

desplazamientos de bienes que puedan ser ocultados o transferidos fuera de la jurisdicción.

La Directiva, por consiguiente, no exige que la orden de embargo deba ser expedida necesariamente por un órgano jurisdiccional, sino que puede serlo por una “autoridad competente” distinta de la autoridad judicial, sin perjuicio de que se reconozca la “posibilidad efectiva de que la persona cuyos bienes se vean afectados recurra la orden de embargo ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad judicial con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional” (art. 8.4). Ello no obsta para que en los citados procedimientos se pueda prever que, cuando la

[...] orden inicial de embargo haya sido adoptada por una autoridad competente distinta de una autoridad judicial, dicha orden deba someterse en primer lugar, a efectos de revisión o validación, a una autoridad judicial, antes de que pueda recurrirse ante un órgano jurisdiccional (art. 8.4 Directiva 2014/42/UE).

Aun cuando el precepto dedicado al embargo es el más breve de todos los que le preceden, el embargo es, por el contrario, la medida a la que más atención le dedica el art. 8 de la Directiva 2014/42/UE, relativo a las garantías: de los diez apartados de los que consta este artículo, cinco de ellos se refieren a la medida cautelar de embargo, lo cual es prueba de los derechos fundamentales que pueden ser afectados no solo por esta medida, sino también por las actuaciones urgentes necesarias para asegurar esos bienes que se pueden emprender antes de que se dicte la orden de embargo.

En particular, los Estados miembros deben garantizar a las personas afectadas por algunas de las medidas previstas en la Directiva, el derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo a fin de preservar sus derechos (art. 8.1). Por otra parte, la orden de embargo de bienes debe comunicarse al afectado tan pronto como sea posible después de su ejecución, con el fin de permitir que la persona pueda impugnarla en su caso y debe, al menos brevemente, indicar la razón o razones que la motivaron (art. 8.2). No obstante, las garantías consagradas en el art. 8.2 de la Directiva 2014/42/UE quedan excepcionadas en algunos supuestos, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: por lo que respecta a la comunicación, cuando sea necesario para evitar que se ponga en peligro una investigación penal, se prevé que las autoridades competentes podrán aplazar la comunicación de la orden de embargo de bienes a la persona afectada;

en cuanto a la motivación, se llega a afirmar que la indicación de la razón o razones de la orden en cuestión “puede ser muy sucinta” (considerando 34 Directiva 2014/42/UE), tal y como reconoció en su día el Tribunal de Justicia (Gran Sala), en los siguientes términos:

[...] en el caso de una decisión inicial de congelación de fondos, el Consejo no está obligado a comunicar previamente a la persona o entidad afectada los motivos que le llevan a incluir el nombre de dicha persona o entidad en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001. En efecto, por su propia naturaleza, y para no perder eficacia, tal medida debe disfrutar de un efecto sorpresa y aplicarse de inmediato. En tal caso, es suficiente, en principio, que la institución comunique los motivos a la persona o entidad afectada y le permita ejercer su derecho a ser oída al mismo tiempo que adopta esa decisión o inmediatamente después. En cambio, en el caso de una decisión de congelación de fondos posterior, que mantenga en la lista mencionada en el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001 el nombre de una persona o entidad que ya figuraba en ella, el efecto sorpresa ya no es necesario para garantizar la eficacia de la medida, de modo que, en principio, antes de que se adopte dicha decisión es preciso comunicar a la persona o entidad afectada las pruebas de cargo y darle la oportunidad de ser oída. Recuerda la Gran Sala del Tribunal de Justicia que en el artículo 41, apartado 2, letra a), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se consagra expresamente este derecho fundamental al respeto del derecho de defensa en los procedimientos previos a la adopción de una medida restrictiva de la índole de la Decisión controvertida. Y a pesar de que se ha reconocido una excepción a este derecho fundamental para las decisiones iniciales de congelación de fondos, tal excepción se justifica por la necesidad de garantizar la eficacia de las medidas de congelación de fondos y, en definitiva, por razones imperiosas relacionadas con la seguridad o con la gestión de las relaciones internacionales de la Unión y de sus Estados miembros (sentencia del 21 de diciembre de 2011 - Asunto C-27/09).

Siguiendo con las garantías relativas al embargo, de acuerdo con los requisitos establecidos por las normas europeas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, se ha insistido en la necesidad de prever que la persona cuyos bienes hayan sido embargados pueda disponer de pleno derecho de la asistencia jurídica gratuita, derecho que no queda totalmente garantizado, sino que depende de cada sistema jurídico nacional, como se reconoce en la Directiva 2014/42/UE en los siguientes términos:

La presente Directiva se entiende sin perjuicio del Derecho nacional en relación con la asistencia jurídica gratuita y no crea obligaciones en relación



con los sistemas de asistencia jurídica gratuita de los Estados miembros, que deben aplicarse de conformidad con la Carta (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y con el CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) (considerando 38).

El respeto del principio de proporcionalidad adquiere gran relevancia en este ámbito, de ahí que en el apartado 3 del art. 8 Directiva 2014/42/UE se establezca que las órdenes de embargo solo deben estar en vigor durante el tiempo necesario para el aseguramiento de estos bienes con vistas a un posible decomiso, pudiendo ser necesario que el órgano jurisdiccional proceda a una revisión con el fin de “velar porque la finalidad de prevención de la desaparición del bien siga siendo válida” (considerando 31).

Dada la importante afectación de derechos fundamentales que puede conllevar el embargo, debemos recordar que, sobre la base de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), algunos derechos fundamentales como el derecho a la propiedad no son absolutos, pudiendo estar

[...] legítimamente sujetos a restricciones, siempre que estas estén previstas por la ley y, de conformidad con el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de otras personas, como es el caso de la prevención de la delincuencia organizada (Comisión Europa, 2012, p. 14).

Según se desprende de lo dispuesto en el CDFUE (Alcance de los derechos garantizados), las limitaciones al derecho a la propiedad deben respetar el principio de proporcionalidad “cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades en general” (art. 52.1).

La legitimidad de estas restricciones al derecho a la propiedad ha sido reconocida por el TJUE, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, del 15 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-539/10 P y C550/10 P, en los siguientes términos:

Según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad no goza, en el Derecho de la Unión, de una protección absoluta. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de este derecho, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una

intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados [...] (apartado 121).

En esta sentencia el propio Tribunal de Justicia (Gran Sala) puso de manifiesto que, según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho de la Unión, que demanda que “los medios que aplica una disposición del Derecho de la Unión sean aptos para alcanzar el objetivo legítimo propuesto por la normativa de la que se trata y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo” (Aguado, 2013b, p. 291).

Por último, en el apartado 5 del art. 8 Directiva 2014/42/UE se prevé que aquellos bienes que hayan sido embargados preventivamente que luego no se decomisen deben ser reintegrados de inmediato en las condiciones y según el procedimiento contemplado en las normas procesales de cada Estado miembro. No obstante, debe tenerse presente que esta garantía no siempre podrá ser respetada ya que entre las medidas de administración de los bienes embargados preventivamente se contempla “la venta o transferencia de los bienes cuyo valor se pueda deteriorar”, con el fin de optimizar el valor económico de estos bienes y minimizar su deterioro (art. 10.2).

Como veíamos anteriormente, también los bienes de terceros pueden ser objeto de embargo a efectos de un posible decomiso, de ahí la importancia de respetar las garantías consagradas en este artículo 8 de la Directiva.

### ***Administración de bienes embargados preventivamente y decomisados.***

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, por ejemplo mediante la creación de oficinas nacionales centrales, de un conjunto de oficinas especializadas o de mecanismos equivalentes, con objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente con miras a su posible decomiso.
2. Los Estados miembros garantizarán que las medidas a que se refiere el apartado 1 incluyan la posibilidad de vender o transferir los bienes en caso necesario.
3. Los Estados miembros estudiarán la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se utilicen con fines de interés público o con fines sociales (artículo 10, Directiva 2014/42/UE).

La conservación del valor de los bienes embargados mientras que se sustancia el procedimiento de decomiso y recae la resolución judicial es esencial, motivo por el cual en este precepto se insta a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias para minimizar el deterioro de los bienes. Entre estas medidas, la Directiva 2014/42/UE prevé expresamente la venta o la transferencia de los bienes embargados (art. 10.2) y se enumeran otras a modo de ejemplo –creación de oficinas nacionales centrales, oficinas especializadas o de mecanismos equivalentes–, con el objeto de garantizar la administración adecuada de los bienes embargados preventivamente de cara a su posible decomiso (art. 10.1).

La creación de Organismos de Gestión de Activos ya fue solicitada por el Consejo en las Conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos, instándose a los Estados miembros a estudiar formas de garantizar la conservación de activos a efectos de decomiso y la posibilidad de crear, si procediese, organismos de gestión de activos “con el fin de preservar los activos para el decomiso y velar porque dichos organismos cooperen de manera eficaz con los organismos de recuperación de activos” (Consejo de la Unión Europea, 2010). Igualmente, se instaba a los Estados miembros a intensificar la aplicación de la legislación vigente, y cuando procediese la modificación de la legislación con inclusión del rastreo oportuno y la custodia de efectivos.

Y es que, como puso de manifiesto el CESE en su Dictamen (2012), “las medidas de embargo preventivo y decomiso solo pueden aplicarse eficazmente si se basan en un sistema igualmente eficiente de identificación y seguimiento preventivo de los productos del delito, incluidos los que hayan sido blanqueados” (p. 130). En opinión del CESE, en la identificación y el seguimiento preventivo de los productos de la delincuencia se requiere reforzar las prerrogativas de los organismos nacionales de recuperación de activos y de *Eurojust*. Incluso, llegó a plantear la necesidad de establecer a largo plazo una eventual centralización europea bien a través de una estructura específica nueva o a través de *Eurojust*, a pesar de ser consciente de que esta centralización se enfrenta a sensibilidades nacionales relacionadas con la puesta en común de determinadas bases de datos (pp. 128-130).

A nivel de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta que la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, del 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros

en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, solo requería la creación de organismos con el fin de “facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso...”, sin que se contemplaran entre sus funciones la de la gestión de los bienes intervenidos. Y como puso de manifiesto en su día Blanco (2007), el reconocimiento de unas funciones tan limitadas podría dificultar la recuperación de los activos, motivo por el cual propuso la creación de “organismos de recuperación de activos de carácter integral, que cumplan funciones no solo de localización e identificación de activos, sino también de gestión de los bienes embargados, de ejecución de las sentencias e incluso reparto (nacional o internacional)” (p. 17).

Pero la creación de Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos no es la única medida que se recomienda para luchar contra la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo. Recientemente, en la Resolución 2178/2014, las Naciones Unidas recuerdan

[...] su decisión contenida en la resolución 1373 (2001) de que los Estados Miembros se proporcionen recíprocamente el máximo nivel de asistencia en lo que se refiere a las investigaciones o los procedimientos penales relacionados con la financiación de los actos de terrorismo o el apoyo prestado a estos, en particular la asistencia para la obtención de las pruebas que posean y que sean necesarias en esos procedimientos, y subraya la importancia de cumplir esta obligación respecto de tales investigaciones o procedimientos que se refieran a combatientes terroristas extranjeros (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 2014).

En esta línea, en el *Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo*, la Comisión se plantea la necesidad de completar el marco de la UE para rastrear e inmovilizar los activos de los terroristas. Y es que para el éxito de la lucha contra la financiación del terrorismo es imprescindible adoptar una serie de enfoques complementarios, como el refuerzo de las investigaciones financieras y del análisis financiero de las actividades ilícitas, en particular, la promoción en todos los Estados miembros de un uso más amplio de la investigación financiera y del análisis financiero de las actividades ilícitas como técnicas policiales con el fin de mejorar la identificación y el seguimiento de los productos del delito (Comisión Europea, 2016, pp. 8-9).

Por lo que respecta al destino de lo decomisado, atendiendo a reiteradas peticiones en el ámbito europeo, en la Directiva 2014/42/UE se prevé que “los Estados miembros estudiarán la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se utilicen con fines de interés público o con fines sociales” (apartado 3 del art. 10). Como medidas a adoptar se enumeran, entre otras, “la posibilidad de destinar tales bienes a proyectos en materia de aplicación de la ley y prevención de la delincuencia, así como a otros proyectos de interés público y utilidad social” (considerando 35). No obstante, este uso tan solo se prevé en relación con los bienes decomisados y no respecto de los bienes embargados, aun cuando en nuestra opinión también en relación con estos últimos se podía haber contemplado este uso con fines de interés público o fines sociales, al no suponer una mayor injerencia en el derecho a la propiedad que la que tiene lugar por la venta o transferencia de los mismos en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Directiva 2014/42/UE, medida esta que debería ser adoptada como *ultima ratio*. Si el fin último, como se reconoce en el Considerando 32, es administrar los bienes embargados y evitar que su valor económico se deteriore, el uso con fines sociales de un inmueble puede ser una medida idónea, necesaria y proporcionada para alcanzar el mismo.

Por último, destacaremos que ante el peligro de que las organizaciones delictivas vuelvan a infiltrarse a través de testaferros, si bien en el apartado 3 del artículo 10 Directiva 2014/42/UE no se ha contemplado ninguna alusión a la adopción de medidas necesarias para “evitar toda infiltración de la delincuencia”, se prevé que:

Cuando administren bienes embargados preventivamente y cuando adopten medidas relativas a la utilización de bienes preventivamente y cuando adopten medidas relativas a la utilización de bienes decomisados, los Estados miembros deben velar adecuadamente por impedir la infiltración delictiva o ilegal (considerando 35).

## Referencias

Agencia Europea de Derechos Fundamentales (2012). *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime (FRA-Opinion-03/12)*. Recuperado de <http://fra.europa.eu/en/opinion/2012/fra-opinion-confiscation-proceeds-crime>

- Aguado, T. (2013a). Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 1-27.
- Aguado, T. (2013b). Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: Presente y ¿futuro? En *Estudios Penales y Criminológicos*, 33, 265-320.
- Aguado, T. (2014). Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. En *InDret Revista para el análisis del derecho*, 1, 1-55.
- Aguado, T. (2015a). La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino. En *Revista General de Derecho Europeo* 35, 1-33.
- Aguado, T. (2015b). Comentarios a los artículos 127 a 128 CP. En *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I* (pp. 1001-1053). Navarra: Thomson; Aranzadi.
- Blanco, I. (2007). La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos. En *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, A-01, 1-19.
- Blanco, I. (2013) El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués. En *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, A-02, 1-19.
- Brun, J., Gray, L., Scott, C., & Stephenson, K. (2013). *Manual para la recuperación de activos. Una guía orientada a los profesionales*. Washington: Ediciones Gondo; The World Bank.
- Carpio, J. (2015). El delito de “enriquecimiento ilícito”: análisis de la normativa internacional. En *Revista General de Derecho Penal*, 23, 1-67.
- Comité de las Regiones (2012). *Dictamen del Comité de las Regiones. Paquete sobre la protección de la economía ilícita*. Diario Oficial de la Unión Europea. DOUE C 391 de 18.12.2012.
- Comité Económico y Social – CESE. (2012). *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y de comiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea”*. Diario oficial de la Unión Europea. DOUE C 299 de 4.10.2012.
- Comisión Europea (2008). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”*. Bruselas, 20.11.2008, COM (2008) 766 final.

- Comisión Europea (2012). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea*. Bruselas, 12.3.2012, COM (2012) 85 final. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012P-C0085&qid=1486692409758&from=EN>
- Comisión Europea (2015). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Social y Económico Europeo y el Comité de las Regiones. La Agenda Europea de Seguridad*. Estrasburgo, 28.4.2015, COM (2015) 185 final.
- Comisión Europea (2016). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo*. Estrasburgo, 2.2.2016. COM (2016) 50 final.
- Consejo de Europa (1990). *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*. Estrasburgo.
- Consejo de la Unión Europea (2001). *Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 182 de 5.7.2001. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001F0500>
- Consejo de la Unión Europea (2003). *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*. Diario Oficial de la Unión Europea, L196 de 2.8.2003. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:es:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2003). *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*. Diario Oficial de la Unión Europea, L192 de 31.07.2003 pp. 0054-0056. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003F0568>
- Consejo de la Unión Europea (2005). *Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L68 de 15.3.2005. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:es:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2006). *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*. Diario Oficial de la Unión Europea, L328 de 24.11.2006. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:es:PDF>

- Consejo de la Unión Europea (2007). *Decisión 2007/845/JAI del Consejo de 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 332 de 18.12.2007. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0103:0105:ES:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2008). *Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, del 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*. Diario Oficial de la Unión Europea L300/42, pp. 42-45. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2010). *Conclusiones del Consejo sobre el decomiso y la recuperación de activos*. Bruselas, 28 de mayo de 2010.
- Consejo de la Unión Europea (2015). *Decisión (UE) 2015/1914 del Consejo, de 18 de septiembre de 2015, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (CETS n° 196)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 280/24. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1914>
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2014). *Resolución 2178. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272ª sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014*.
- Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI (2012). *Normas internacionales contra el blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*.
- Maugeri, A. M. (2014) La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione Europea tra granzie ed efficienza: un “work in progress”. En *Diritto penale contemporáneo* (1-54). Recuperado de <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. (2011). *Ley modelo sobre extinción de dominio*. Recuperado de: [https://unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion\\_de\\_dominio\\_final.pdf](https://unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Extincion_de_dominio_final.pdf).
- Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo)*. Recuperado de <https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/55/383>
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. Recuperado de [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)
- Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea & Comisión Europea (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial de las



- Comunidades Europeas C364/5 de 18.12.2000. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)
- Parlamento Europeo (2011). *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309 (INI))*. Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE C 131 de 8.05.2013.
- Parlamento Europeo (2015). *Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la Agenda Europea de Seguridad (2015/2697 (RSP))*. Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0269+0+DOC+XML+V0//ES>
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2014). *Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 127/39, de 29.04.2014.
- Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2015). *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32015L0849&qid=1486533835313>
- Piva, D. (2013) La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale. En *Diritto penale contemporaneo*. Recuperado de <http://www.penalecontemporaneo.it>.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 21 de diciembre de 2011, Asunto C-27/09. República Francesa/People's Mojadehin Organization of Iran. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-27/09>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 15 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-539/10 P y C550/10 P. Stichting Al-Aqsa contra Consejo de la Unión Europea y Reino de los Países Bajos contra Stichting Al-Aqsa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-539/10&language=es>
- Vidales, C. (2015). Consecuencias accesorias: decomiso (arts.127 a 127 octies). En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Recuperado de [www.tirantonline](http://www.tirantonline)
- Unión Europea (1997). *Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos*

Decomiso: denominador común de la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales, la delincuencia organizada y la financiación del terrorismo en la Unión Europea

*de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.* Diario Oficial nº C195 de 25.06.1997 pp. 0002-0011. Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41997A0625\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41997A0625(01))

Unión Europea (2012). *Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.* Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 pp. 0001–0390. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:12012E/TXT>

## LA LUCHA PROCESAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS\*

*Andrea Planchadell Gargallo\*\**

### Introducción

La realidad actual nos muestra que la criminalidad, particularmente la criminalidad organizada –una de las más activas en el lavado de activos, junto con la corrupción–, ha alcanzado un alto nivel de sofisticación. La mayor libertad de circulación de personas y mercancías, los avances tecnológicos y todos aquellos “instrumentos” que hacen más sencillas nuestras vidas, también son utilizados por las organizaciones criminales para facilitarse la comisión de los delitos, así como para lograr la impunidad de sus actos y beneficiarse de las ganancias de la actividad delictiva, y ello, además, en un contexto de globalización que facilita la transnacionalidad. Es legítimo, por tanto, que en la lucha contra dicha criminalidad se acuda, también, a técnicas de investigación en que las fuerzas y cuerpos de seguridad y las autoridades de persecución se

---

\* Este capítulo se adscribe al proyecto de investigación “La situación de la víctima de delitos cometidos por la criminalidad organizada, con consideración particular de su situación en la lucha legal contra la corrupción” (Universitat Jaume I, P1. 1B2014-46).

\*\* Profesora de Derecho Procesal en la Universitat Jaume I de Castellón, España.

puedan valer de actuaciones similares a las usadas por los presuntos delinquentes.

En efecto, a nadie escapa que en la investigación de esta realidad delictiva es necesario acudir a ciertos medios de investigación, hoy ya unánimemente admitidos, que se presentan como fundamentales para la obtención de información que permita la persecución y enjuiciamiento del delito. Sería ilusorio pensar que se pueda luchar contra estas formas de criminalidad con las mismas “armas” con que se actúa frente a la delincuencia común o en la forma que se actuaba hace décadas.

Así se reconoce por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada por la Resolución del 15 de noviembre de 2000, en la que se lee:

Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada (art. 20).

De igual forma, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que

[...] el problema del blanqueo de dinero proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como de otros delitos graves, se ha expandido internacionalmente hasta convertirse en una amenaza mundial de tal gravedad para la honestidad, seguridad y estabilidad del sistema financiero y comercial, e incluso para las estructuras de gobierno, que su solución reclama la adopción de medidas por parte de la comunidad internacional en su conjunto que denieguen refugio seguro a los criminales y al producto de su delito (Organización de las Naciones Unidas, 1998).

Con este punto de partida, en las páginas siguientes se analizarán algunas cuestiones procesales clave en la lucha contra una de las actuaciones de que se vale la delincuencia organizada, esto es, el lavado de activos, que, si bien no es exclusivo de este tipo de criminalidad, lo cierto es que guarda una relación directa con ella. En este estudio nos basaremos, fundamentalmente, en la legislación española, sin entrar en detalles que puedan cansar al lector, pero cuyas consideraciones son trasladables –con los matices necesarios, por

ejemplo, a efectos de la dirección de la investigación<sup>1</sup>— a otros ordenamientos, como el colombiano.

### **Particularidades en la fase de investigación. Especial referencia a ciertas actuaciones**

#### **Consideraciones previas.**

Una de las claves para la correcta conclusión de las causas incoadas por el lavado de activos es la realización de una adecuada investigación del delito. La instrucción (y el enjuiciamiento de este tipo de delitos) no ha llevado a la creación de un proceso especial en la materia, sino que estas causas se tramitan a través del procedimiento adecuado que corresponda a la gravedad del delito<sup>2</sup>. No obstante, la ausencia de una tramitación especial para su enjuiciamiento no significa que no nos encontremos con ciertas particularidades, principalmente tratándose de la fase de investigación y de la prueba, que requieran nuestra atención.

Las diligencias de investigación que deben llevarse a cabo ante la *notitia criminis* por este tipo de delito no difieren, en principio, de las que se adoptarían en un proceso en que se estuviera enjuiciando otro delito, pero la realidad nos demuestra que tales actuaciones presentan unas características propias, principalmente derivadas de las especificidades del delito a investigar. Ello exige, ineludiblemente, una policía y una fiscalía especializada en esta materia que, de hecho, ya existe en la mayoría de los ordenamientos. Así, en España debemos nombrar la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico de Drogas, a la que se atribuyen importantes funciones, y la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Judicial, a la que se adscribe la Brigada de Blanqueo de Capitales (Udef) o la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO).

---

<sup>1</sup> Así ocurre con las referencias que se pueden hacer al Juez de Instrucción, como director del procedimiento preliminar en España, que debe entenderse hecha a la Fiscalía General de la Nación colombiana.

<sup>2</sup> Las dificultades intrínsecas en este tipo de investigaciones y su conexión, en no pocas ocasiones, con el crimen organizado, como ya hemos indicado, hacen que solo en el plano teórico sea posible su tramitación por la vía de los juicios rápidos u otra modalidad procedimental que parte de la “sencillez” o “escasa complicación” de las investigaciones.

Fundamental es destacar que estamos ante una investigación que se centra en el patrimonio de las personas adelantada con la finalidad de obtener elementos probatorios, ya que de la investigación de los movimientos que se producen en el patrimonio del sujeto puede establecerse la comisión de ciertos delitos, como el lavado de activos. Es decir, nos enfrentamos a una investigación patrimonial que va más allá de la averiguación de los bienes del sospechoso para proceder a satisfacer sus responsabilidades civiles derivadas del delito o de su incautación.

El fiscal estará facultado para incoar las diligencias de investigación en cuanto reciba la *notitia criminis*, sea a través de la denuncia de particulares<sup>3</sup> o de organismos públicos (por ejemplo, la Inspección de Hacienda) o privados, del atestado policial o por su propio conocimiento.

Estas diligencias de investigación se encuentran reguladas en el art. 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, Lecrim) española (debiendo analizarse junto con lo establecido en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) que faculta al Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, a practicar, por sí mismo u ordenando a la Policía Judicial, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo.

Dicho artículo también lo autoriza para hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración. Además, le permite, en principio, realizar cualquier diligencia que pueda servir para el esclarecimiento de los hechos, salvo aquellas que están reservadas al órgano jurisdiccional (es el caso de la entrada y registro, la intervención telefónica o cualquier otra afectante a

<sup>3</sup> En no pocas ocasiones, y dada la relación del blanqueo de capitales con la delincuencia organizada, dicha denuncia puede ser anónima; dicha denuncia puede ser un vehículo transmisor de la noticia criminal, pero no se le puede dar valor probatorio y exige una actividad de investigación fundamental (sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1997, RJ 7599). El Tribunal Supremo afirma que la “utilización, como punto de partida para una investigación criminal, de una denuncia anónima debe ser ponderada y examinada con cautela, analizando no solo su contenido, sino también la naturaleza de los hechos que se trata de poner en conocimiento de la policía judicial o de los órganos judiciales encargados de la instrucción de un determinado asunto (Ver sentencias de 18-2-2002 [RJ 2002, 2970] y 23-3-1999 [RJ 1999, 2676] TS y 111/1999 del TC [RTC 1999, 111])” (sentencia del 29 de julio de 2002 (RJ 6357).

derechos fundamentales del imputado, salvo en casos de flagrancia, como también lo tiene permitido la Policía). Por lo tanto, podrá tomar declaración al sospechoso (instruyéndole de sus derechos conforme al art. 520 Lecrim); practicar ruedas y reconocimientos fotográficos; tomar declaraciones a testigos; practicar inspecciones oculares, etc. Así mismo, podrá realizar diligencias limitativas del derecho a la intimidad recabando información sobre el sospechoso (aún protegida por la LO 15/1999, del 13 de diciembre, de protección de datos, instándola a organismos privados y públicos, como bancos, registros públicos, etc.) y practicar diligencias que impliquen la grabación videográfica de personas o cosas o la vigilancia o seguimiento de personas o cosas en lugares públicos.

De especial trascendencia, de ahí que les dediquemos seguidamente un epígrafe específico, es la posibilidad de adoptar la entrega vigilada o autorizar la utilización de agentes encubiertos, siendo necesario en este caso el aval o refrendo judicial, debiendo dar cuenta inmediata al juez.

Objetivo fundamental de estas diligencias, y cuya correcta ejecución es clave en la lucha contra el lavado de activos, es –como ya hemos dicho– la investigación del patrimonio del sospechoso y sus actividades económicas. Así pues, se podrá:

Investigar la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas o de que pertenecen o auxilian a organizaciones que se dedican a dicho tráfico, pudiendo requerir de las Administraciones Públicas, Entidades, sociedades y particulares las informaciones que estime precisas (art. 18bis Ley 50/1981).

En definitiva, se trata de “investigar” el afloramiento patrimonial anómalo y no justificado y su posible procedencia ilícita.

Como señala la Fiscalía General del Estado (2010), sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, dicha investigación cumple una primera finalidad –la tradicional– reparatoria, pero “a través de la concreción de determinados flujos y movimientos patrimoniales se pueden obtener los elementos probatorios de la realización de diversas infracciones” (Circular 4 de 2010, p. 2) y, además,

[...] la investigación criminal en ocasiones estará orientada a la localización de bienes relacionados con la actividad delictiva, con el objetivo de proceder a su

incautación, actuación que constituye un instrumento de primer orden para hacer frente a diversas manifestaciones delictivas, en particular a las realizadas por grupos organizados, por cuanto incide directamente en las ganancias ilícitamente obtenidos con las que éstos se financian (Circular 4, p. 2).

Esta investigación puede recaer sobre todos los bienes del sospechoso para evidenciar la relación de los mismos con la actividad delictiva e incluye, incluso, los bienes de origen lícito si estos son desproporcionados y su titular –real o ficticio– fuera condenado por actividades relacionadas con la criminalidad organizada (comiso ampliado). No obstante, debe matizarse que la investigación patrimonial no se limita a los bienes que pueden ser objeto de decomiso, sino que presenta una finalidad más extensa, pues está dirigida a obtener los medios de prueba de la infracción, como ocurre con toda actividad de investigación en el marco del procedimiento penal.

La Ley 10/2010, del 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, prevé expresamente que:

Con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, los jueces de instrucción, el Ministerio Fiscal y, previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán obtener los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras (art. 43.2).

Tal petición, conviene aclararlo, deberá ser motivada y no podrá utilizarse con otra finalidad diferente a la referida (art. 4,1 *in fine* Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, EOMF). El fiscal también puede acordar la práctica de los informes periciales necesarios, accediendo así a importante información contable.

Especial protagonismo en la investigación patrimonial juega también la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Inspecciones Monetarias, que tiene atribuidas las funciones de dirección e impulso de las actividades de prevención, debiendo, en cumplimiento de dichas funciones, auxiliar a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial.

El Ministerio Fiscal, para terminar, tiene, con ciertas limitaciones, la consideración en España de “autoridad judicial” en el ámbito de la cooperación judicial internacional.



### **Breve referencia a ciertas “técnicas de investigación”.**

En la investigación del blanqueo de capitales, como ocurre con cualquier otra modalidad de criminalidad organizada, es necesario acudir a ciertos medios de investigación que se presentan como fundamentales para la obtención de información que se considera clave en orden a la persecución y el enjuiciamiento del blanqueo de capitales. Así, junto con las tradicionales entradas y registros o intervenciones telefónicas, pueden destacarse las relativas a los infiltrados y los agentes encubiertos, el confidente, los colaboradores con la justicia (en especial, el “arrepentido”), la entrega vigilada y otros “nuevos” medios de investigación.

### ***Infiltración y agente encubierto.***

La utilización del agente infiltrado se ha presentado como un acto de investigación especialmente efectivo en la lucha contra estas formas de criminalidad, principalmente en los casos en que la actividad delictiva se lleva a cabo en el marco de una organización criminal.

Se trata de ocultar la verdadera identidad de un agente especialmente preparado, con la intención de que establezca –introduciéndose de una u otra forma en la organización criminal– una relación de confianza con los miembros de la misma con la finalidad de obtener información especial y necesaria para satisfacer el interés de persecución de dichos hechos delictivos. En realidad, en este caso el engaño es doble, pues se mantiene oculta tanto la identidad del sujeto como sus intenciones al implicarse en la actividad criminal. Gascón (2001) define la infiltración como:

La acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada (p. 217)<sup>4</sup>.

Según se ha entendido por el Tribunal Supremo, las características bajo las que actúan las organizaciones criminales, particularmente su clandesti-

---

<sup>4</sup> También, con especial referencia a las modalidades de infiltración, Gómez de Liaño (2004b, pp. 3-4) y Zafra (2010, pp. 64-69).

nidad y opacidad, hacen especialmente útil e idóneo el uso de la infiltración policial como medio de investigación del delito (sentencia de 9 de octubre de 1987).

Por su parte, el art. 282bis Lecrim española regula la utilización de este instrumento al servicio de las autoridades de represión penal para obtener pruebas de relevancia en el proceso penal a través del agente encubierto. Sin embargo, este artículo no contempla, al contrario que los §§ 110, a) a e) del Código Procesal Penal alemán (StPO), la posibilidad de que la infiltración policial se dirija únicamente a impedir la realización del delito, es decir, una infiltración de carácter preventivo; esta última, en España, sería consecuencia de la función general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en este sentido (Carrizo, 2011, p. 342)<sup>5</sup>.

Esta figura es claro reflejo de cómo nuestro ordenamiento jurídico ha optado por hacer frente a esta criminalidad a través de medidas de investigación “extraordinarias” (Rifá, Lluch & González, 2010, pp. 225-353), ante el secretismo y opacidad con que actúan las organizaciones criminales y acudiendo al mismo cuando no pueda obtenerse la información pretendida por los medios de investigación “ordinarios”.

El art. 282bis regula realmente, en lo esencial y con parquedad, tanto la infiltración como el agente encubierto. La infiltración legalmente prevista se debe realizar por un miembro de la Policía Judicial, quedando limitado su ámbito de intervención a la investigación al crimen organizado tal y como se define en ese artículo. El infiltrado debe analizar el *modus operandi* de la organización y sus miembros, los campos delictivos en que actúan y recoger información sobre la estructura del grupo (Zafra, 2010; Planchadell, 2016, p. 189). Esta técnica, en palabras de Gómez de Liaño (2004b), supone

---

<sup>5</sup> Esta posibilidad ha sido tenida muy en cuenta por el legislador español que en la reciente reforma de la Lecrim, concretamente en la Ley Orgánica 12/2015, del 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE núm. 239, del 6 de octubre) mantiene la regulación del art. 282bis, si bien añade la posibilidad de actuación del agente encubierto en internet, tanto a través del “ciberpatrullaje”, esto es, navegando en canales abiertos para detectar comportamientos delictivos y sus posibles autores sin existir una investigación abierta al respecto; como en redes cerradas. Igualmente, se le permite la grabación de imágenes y sonidos (Lafont, 2015, p. 1).

[...] la ocultación de la verdadera identidad policial, en aras a establecer una relación de confianza que permite al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en la organización criminal con la finalidad primordial, igualmente oculta, de obtener la información necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia (p. 3)<sup>6</sup>.

La infiltración de un agente encubierto en los ambientes criminales exige autorización inicial judicial o, en su caso, del Ministerio Fiscal, quien igualmente deberá dar cuenta inmediata al juez; la autorización del fiscal está condicionada a que no exista investigación judicial en marcha. La autorización debe ser motivada, expedida mediante un auto judicial en su caso, y, pese al silencio legal, es lógico pensar que presente el siguiente contenido (Rifá, Lluch & González, 2010, p. 349; Gascón, 2001, p. 208): (i) los indicios de que se está cometiendo alguno de los delitos en que dicha medida de investigación está justificada; (ii) cuando sea posible deberá identificarse a las personas pertenecientes a la organización; (iii) el plazo de duración de la misma, con los matices indicados seguidamente; (iv) las actividades para las que se autoriza al agente, lo que permite exonerarle de responsabilidad en dichas actuaciones; y (v) la verdadera identidad del agente y la supuesta, bajo las que actuará.

Un elemento clave en esta actuación debería ser, por su carácter excepcional, su duración temporal. El art. 282bis Lecrim no establece expresamente el tiempo de duración de la medida, pero sí prevé que la identidad ficticia se otorgará por un plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración, lo que permite inferir que dicha duración es aplicable a la infiltración. Dada la falta de previsión de un número máximo de prórrogas, la duración de la medida y sus sucesivas prórrogas deberá modularse por el juez en atención al principio de proporcionalidad. Al respecto, es importante matizar que la identidad supuesta debe mantenerse durante la celebración del juicio oral y, en caso de recurso, hasta que la sentencia adquiera firmeza; lógicamente, al agente se le otorgará protección durante ese periodo, conforme a la Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos.

El art. 282bis limita el ámbito de actuación del agente encubierto a la delincuencia organizada, en el sentido referido en el propio art. 282bis 4 y

---

<sup>6</sup> También, las sentencias del Tribunal Supremo español del 29 de diciembre de 2011 (RJ 135) y del 13 de mayo de 2014 (RJ 2961).

con mención expresa del blanqueo de capitales. A propósito de esto, algunos autores se cuestionan si esta técnica de investigación se puede extender a otros delitos, es decir, si se trata de una “lista cerrada” (como ocurre en la mayor parte de los países que regulan dicha figura), y para responder a la pregunta, indican que

[...] el sistema más apropiado es, en este caso, el intermedio. Ni listas cerradas que no sean capaces de responder a la versatilidad y capacidad de adaptación de las organizaciones criminales, ni tampoco un concepto de delincuencia organizada tan amplio que haga tambalear el carácter excepcional de este medio de investigación. Lo apropiado sería idear un sistema que conjugue ambos elementos (Rifá, Luch & González, 2010, pp. 342-343)<sup>7</sup>.

La autorización de la operación debe fijar de manera concreta cuál va a ser el campo de actuación del agente, debiendo especificar los delitos objeto de la investigación encubierta (atendiendo a los indicios presentes), no siendo posible una autorización abierta para cualquier actividad delictiva, es decir, en abstracto o en general para cualquier actividad ilícita que la organización lleve o pueda llevar a cabo.

El control judicial no solo tiene lugar al inicio de la actividad de infiltración, autorizándola o permitiendo su prórroga, sino que se extiende al desarrollo de la medida hasta su conclusión, debiendo el agente informar del curso de su investigación y sus progresos. Adicionalmente, cuando “las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables” (art. 282bis. 3), por ejemplo, para una intervención telefónica.

El agente encubierto no responde criminalmente por los hechos delictivos que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, pero siempre que (i) no impliquen una provocación al delito, (ii) sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y (iii) guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación (art. 282bis. 5 Lecrim); con todo, los autores discuten si dicha exoneración se afina en una causa de justificación general o especial (Gascón, 2001, p. 276; Zafra, 2010, p. 396; Muñoz, 1995, p. 109) y sobre los requisitos concretos que debe satisfacer

<sup>7</sup> También sobre esta cuestión, Zafra (2010, p. 223).

(López, 1992, p. 1; Rifá, 1999, pp. 166-171). Es más, debemos asumir que el agente encubierto va a delinquir para garantizar el éxito de su misión, pues posiblemente sea una condición necesaria para ganarse la confianza del grupo.

Un límite a la actuación del agente infiltrado es que provoque él mismo la comisión del delito, ya que, acorde con la regulación legal, no se incurrirá en responsabilidad penal “siempre que [...] y no constituyan una provocación del delito” (art. 282bis 5 *in fine*), adaptándose así a la jurisprudencia existente sobre el delito provocado (por ejemplo, Tribunal Supremo, sentencias de 23 de enero de 2003; de 15 de noviembre de 2007; de 6 de febrero de 2009 o 1 de julio de 2010); que no cabe ni en esta ni en otras formas de investigación.

El agente encubierto en el juicio oral tiene la condición de testigo, si bien en la gran mayoría de ocasiones le serán aplicables –al prestar dicha declaración– las medidas previstas en la Ley de Protección de Testigos y Peritos. La eficacia probatoria de su declaración está condicionada a su incorporación al juicio oral. No obstante, no podemos dejar de destacar la posibilidad de su incorporación por la vía del art. 710 Lecrim (testigo de referencia) o del 730 (lectura de actuaciones sumariales), si bien estas posibilidades deben considerarse excepcionales.

Termina este epígrafe con una breve referencia al conocido como “agente provocador”, que, correctamente entendido, no busca la comisión del delito, sino los medios, formas o canales por los que el delito se produce, es decir, persigue la obtención de pruebas relacionadas con una actividad criminal. En ningún caso –pese a lo que se pueda deducir de su denominación– provoca la comisión del delito, sino la prueba de la realización del hecho delictivo (Tribunal Supremo, sentencias de 16 de febrero de 2006; de 12 de noviembre de 2006; de 25 de enero de 2007; de 1 de junio de 2007; de 3 de octubre de 2007; de 25 de septiembre de 2008; de 3 de diciembre de 2008; de 6 de febrero de 2009 o de 8 de abril de 2010). Dos notas características del agente provocador, que además lo diferencian del agente encubierto son, primero, que el objeto de su investigación es un hecho delictivo aislado, sus autores concretos y circunstancias de su comisión, no la actividad criminal de una organización en general y, segundo, que su investigación no tiene prolongación en el tiempo y queda reducida a un momento puntual esporádico, de tal forma que el agente provocador no se integra a la organización.

### ***El confidente.***

En palabras de Delgado (2001), puede decirse que el confidente es una

[...] persona que pertenece a un círculo delictivo que, por iniciativa propia o por encargo, proporciona información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de las primeras diligencias policiales de carácter extraprocésal guiado, no por una finalidad altruista, sino, antes al contrario, a cambio de un beneficio económico o un trato de favor de tipo procesal (p. 131).

El confidente, del que puede interesar mantener oculta su identidad para garantizar futuras colaboraciones, pero también por su protección personal, declarará en el acto de juicio oral como testigo, sometido a las normas de protección previstas en la LO 19/1994, no siendo posible que –para evitar su declaración– se acuda al testimonio de referencia prestado por los agentes de policía a los que el confidente narra los hechos. El tribunal debe valorar sus declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo especialmente en cuenta las circunstancias en que se ha producido la revelación de información y los motivos de la misma (venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc.).

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo español afirma que:

La aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía [...] aparece proscrita en nuestro ordenamiento. En primer lugar en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente por vulnerar el art. 6.3 d) del Convenio de Roma [...] que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano constitucional por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión reconocido en el art. 24. 1 y 2 CE. En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria por desconocer lo prevenido en el art. 710 Lecrim, conforme al cual los testigos de referencia precisarán el origen de la noticia designando su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocido a la persona que se le hubiere comunicado (sentencia de 26 de septiembre de 1997).

### ***Colaboradores con la justicia (el “arrepentido”).***

Acorde con Gómez de Liaño (2004a), el arrepentido es

[...] un individuo perteneciente a un grupo organizado criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios críme-

nes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información, que permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y sus integrantes, fundamentalmente a los miembros destacados de la cúpula directiva (p. 150).

Las declaraciones de estos sujetos pueden ser muy valiosas y, además, en no pocos casos son el detonante del inicio de las investigaciones; incluso suele conllevar una infiltración sobrevenida.

La finalidad de esta figura es premiar de alguna forma a aquellos que colaboran a esclarecer hechos delictivos prioritariamente relacionados con el crimen organizado, facilitando la persecución y enjuiciamiento de los mismos. Estamos ante una manifestación del derecho “premio”, ya que se prevé una serie de beneficios para aquellos sujetos que, en el seno de un grupo criminal organizado, se disocian y colaboran con la justicia para su investigación, consiguiendo con ello atenuar o incluso eximir su responsabilidad penal.

El arrepentido participa en la fase de instrucción, no tanto como testigo en el juicio oral, lo que no significa que no pueda actuar en este último. Los problemas de esta figura se derivan de su naturaleza: ¿es un testigo?, ¿es un imputado? Lo cierto es que la respuesta a esta cuestión no es baladí, pues como testigo tiene la obligación de decir la verdad, obligación que decae cuando se considera que estamos ante un imputado. Parece adecuado otorgarle una naturaleza mixta, concibiéndolo como una figura híbrida situada entre testigo e imputado, en virtud de la cual no tiene obligación de decir la verdad, por lo que su confesión o su acusación debe apoyarse en otros medios de prueba que confirmen su declaración. En su vertiente de coimputado, su declaración –en principio– no plantea problemas de legalidad a efectos de enervar la presunción de inocencia, pero sí de credibilidad ante la posibilidad de que responda a motivos espurios. La aplicación de estas “ventajas” no puede hacerse a costa de las garantías, piénsese, por ejemplo, en una ilegítima adopción de la prisión provisional para doblegar la voluntad del sujeto, etc.

¿Cómo valorar la declaración del coimputado? Cuando la única prueba de cargo sea la declaración del coimputado, debe tenerse en cuenta que la declaración del acusado, al contrario que la del testigo, no tiene por qué responder a la verdad, ya que puede callar e incluso mentir. Por ello, no puede en este caso servir para desvirtuar la presunción de inocencia si no resulta corroborada mínimamente por otras pruebas (sentencia 137 de 7 de julio de 1988).

### ***Entrega vigilada.***

Regulada deficientemente en el art. 263bis Lecrim, con remisión a la regulación de la detención y apertura de la correspondencia de los arts. 579 y ss., la entrega vigilada implica un retraso en la intervención estatal ante la comisión de un delito, en tanto que se desarrolla sobre un delito conocido, no impidiéndolo inmediatamente, por lo que implica una excepción a la obligación que tienen las autoridades de denunciar los delitos y, al mismo tiempo, una causa de justificación de la responsabilidad penal.

Se define como una técnica de investigación consistente en dilatar la ocupación de elemento ilícito conocido, permitiendo su tránsito bajo control policial, con la clara intención de localizar su origen y destino y, por ende, a los responsables de las redes de las asociaciones criminales (Beltrán, 2016, p. 355). Pese a la forma en que aparece reflejado en la ley su ámbito de aplicación, nuevamente, está limitado al crimen organizado.

Esta medida de investigación presenta dos modalidades: la mera circulación y entrega vigilada, que supone la detención, comprobación y vigilancia del género prohibido por la autoridad pública con el seguimiento que conlleva, incluso fuera de nuestras fronteras; y la circulación controlada previa apertura física del envío, con o sin sustitución del contenido.

De la regulación legal se desprenden los objetos respecto de los que se podrá llevar a cabo la circulación controlada para la investigación de los hechos delictivos de los que provienen, así puede referirse, por ejemplo, a todo tipo de sustancias psicotrópicas y tóxicas, los precursores que permiten su producción, cultivo y fabricación; especies de flora y fauna amenazada o en peligro de extinción; armas, explosivos o similares; moneda falsa y muy importante, bienes y ganancias de origen delictivo convenientemente blanqueados, junto con una cláusula genérica “así como otras sustancias prohibidas”.

En cuanto a su utilización en el proceso penal, estamos ante un acto de aseguramiento de prueba, al que debe aplicarse lo previsto en general para tal institución.

### ***Nuevos medios de investigación***

La reciente reforma operada por la Ley 13/2015, del 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento



de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha modernizado la regulación de algunos medios de investigación (como el control de las comunicaciones telefónicas) e introducido nuevos medios de investigación, alguno de ellos con trascendencia en el tema que nos ocupa. Si bien un análisis detallado de esta nueva regulación excede con mucho las limitaciones de estas páginas, debemos, no obstante, hacer una breve referencia a las novedades más importantes (Montero, Gómez, Barona, Esparza & Etxeberria, 2015, p. 238; Muerza, 2015, p. 159).

Los arts. 588bis a) a 588bis k) Lecrim regulan las disposiciones comunes a una serie de actuaciones de investigación que suponen el acceso a las comunicaciones de todo tipo del investigado, tales como la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Así, tras la referencia a los principios que el Tribunal Constitucional había definido como determinantes de la validez de la injerencia (especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad) se exige solicitud motivada al juez, quien resolverá mediante auto (regulando el contenido concreto tanto de la solicitud como de la resolución judicial motivada) o duración de la medida.

Primero, se contempla el acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad [arts. 588 ter, k) a 588 ter, m)], regulándose cómo debe procederse a la identificación mediante número IP [art. 588 ter, k)], códigos de identificación del aparato o de sus componentes [art. 588 ter, l)] y la de los titulares o terminales o dispositivos de conectividad [art. 588 ter, m)].

Segundo, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información [art. 588 sexies a) a 588 sexies c)]: el registro de estos dispositivos exige motivación individualizada independiente a la de entrada y registro en lugar cerrado, sin la que no puede accederse a la información contenida en los equipos o dispositivos, aunque estos hayan sido incautados. Obvio es que dicha motivación es también exigible cuando los dispositivos son apprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes deben poner en conocimiento del juez la incautación de los mismos

para obtener la autorización de acceso. La autorización judicial debe fijar los términos y alcance del registro, así como la realización de copias de los datos informáticos que contengan los dispositivos. Igualmente, se fijarán las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para, en su caso, hacer posible un dictamen pericial. El registro puede ampliarse a otro sistema informático o parte del mismo, cuando concurren razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en él. El art. 588 sexies c) 2 prevé una limitación en la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando la misma pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos, salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen.

En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán llevarlo a cabo, informando al juez inmediatamente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, de la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. Ante supuestos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que lo haga imprescindible, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, pero siempre dentro del plazo máximo de 24 horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida.

Tercero, el registro remoto sobre equipos informáticos [art. 588 septies a) a 588 septies c)]. Esta medida de investigación se refiere a la utilización de datos de identificación y códigos, y la instalación de *software* que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos. La medida tendrá la duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses.

Cuarto, el art. 588 octies regula bajo la denominación “Medidas de aseguramiento” la orden de conservación de datos autorizando al Ministerio

Fiscal o la Policía Judicial a requerir a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión.

### **Las funciones de control otorgadas al Ministerio Fiscal español en el Real Decreto 304/2014, del 5 de mayo**

El Real Decreto 304/2014, del 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, del 8 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo otorga al Ministerio Fiscal, al margen de sus funciones en el proceso penal, una importante labor de control de carácter administrativo en la prevención del lavado de activos.

El art. 54 del Real Decreto otorga al fiscal expresamente nombrado al efecto las funciones de autorizar la relación de puntos únicos de acceso a quienes el Servicio Ejecutivo de la Comisión habilitará su conexión al sistema, y verificar que las consultas o accesos al Fichero de Titularidades Financieras han sido realizados por las autoridades o funcionario autorizados y para los fines establecidos en el art. 43 de la Ley 10/2010; tal verificación debe realizarse en la forma prevista en los arts. 55 y siguientes del Real Decreto indicado. El art. 55 regula detalladamente el control por el Ministerio Fiscal de la regularidad de las consultas y accesos al Fichero de Titularidades Financieras, permitiéndole realizar una auditoría de dichos accesos.

Conforme al art. 56 del Real Decreto, a la vista de la información remitida por la Comisión, si el fiscal considera que hay indicios de que se ha producido una consulta o acceso irregular al fichero, podrá iniciar las actuaciones previas para analizar si procede la incoación de un procedimiento disciplinario por consulta o acceso irregular al fichero y quién es responsable.

Si de dichas actuaciones previas resultara que el acceso ha sido irregular, el fiscal remitirá una copia de lo actuado al órgano al que corresponda el inicio del procedimiento disciplinario, salvo que los hechos sean constitutivos de delito (que provocarán la incoación de las correspondientes actuaciones penales) o se considere que se ha producido una vulneración de la LO 1/1999, del 13 de diciembre, en cuyo caso se comunicará inmediatamente a la Agencia Española de Protección de Datos o autoridad de protección de

datos que resulte competente (art. 57.1). De considerarse que la consulta o acceso fue regular, el fiscal archivará las actuaciones (art. 57.3).

El órgano competente para exigir responsabilidad disciplinaria deberá incoar el correspondiente procedimiento disciplinario, notificando la resolución que ponga fin al mismo al fiscal, quien podrá interponer recurso contencioso (art. 57.2).

### **Las especialidades en materia de medidas cautelares. Especial referencia al embargo**

Recordemos que una de las finalidades de la investigación del patrimonio del deudor es la

[...] localización de bienes relacionados con la actividad delictiva, con el objetivo de proceder a su incautación, actuación que constituye un instrumento de primer orden para hacer frente a diversas manifestaciones delictivas, en particular a las realizadas por grupos organizados, por cuanto incide directamente en las ganancias ilícitamente obtenidos con las que éstos se financian (sentencia 56 de 20 de enero de 1997).

Esta regulación supone otorgar al decomiso de los bienes una utilidad que traspasa la tradicional de satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito o, con carácter preventivo, que no pudieran volver a utilizarse en la comisión de nuevos delitos. Hoy, el decomiso es uno de los instrumentos más importantes en la lucha, nacional y transfronteriza<sup>8</sup>, frente a la criminalidad organizada, evitando que el producto de dicha actividad pueda “colocarse” en el circuito legal para su utilización como si de pro-

---

<sup>8</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional (Nueva York, 15 de diciembre de 2000); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 9 a 11 de diciembre de 2003). En el ámbito Europeo destaca el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (1990) y de financiación del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005); así como la Decisión marco 2001/500/JAI, del 26 de junio, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito; la Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo; la Decisión marco 2005/212/JAI, del Consejo, del 24 de febrero de 2005; la Decisión marco 2006/783/JAI, del Consejo, del 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; las tres últimas ya incorporadas a nuestro ordenamiento.

ductos lícitos se tratara (Fiscalía General del Estado, circulares 1/2005 y 2/2005, del 31 de marzo).

Lo expuesto en precedencia, sin perjuicio de que, conforme lo ha entendido el Tribunal Supremo,

[...] los decomisos sólo podrán considerarse correctos si los bienes decomisados hubieran sido adquiridos con dinero procedente en su totalidad de delito o delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes [...] bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios y operaciones posteriores (decomiso subrogatorio) (sentencia 202 de 20 de marzo de 2007).

La investigación se puede llevar a cabo sobre todos los bienes del sospechoso para poder poner en evidencia la relación de los mismos con la actividad delictiva, bien con el objetivo de obtener elementos de prueba, bien para la incautación de los bienes utilizados para la preparación o ejecución del delito, y los generados como ganancias de la actividad delictiva. Investigación que incluso puede alcanzar los bienes de origen lícito, ante la insuficiencia de los anteriores; o cuando los bienes sean desproporcionados y su titular sea condenado por actividades relacionadas con la criminalidad organizada (comiso ampliado).

Actualmente, no hay duda alguna de que el decomiso ha dejado de ser un mero desapoderamiento de los bienes del imputado para que no puedan volver a ser utilizados en la comisión de nuevas infracciones. Ante la sofisticada criminalidad organizada a la que hoy nos enfrentamos se es consciente de la importancia que tiene actuar legalmente frente al patrimonio o las ganancias patrimoniales. Entre estas, la inmovilización de las mismas y su incautación pueden cercenar actuaciones criminales futuras de los sujetos investigados.

El comiso tiene una regulación expresa en el CP y en la Lecrim, por lo que nos remitimos al apartado correspondiente (Gascón, 2007; Gascón, 2006, p. 587; Aguado, 2013, p. 265; Faraldo, 2008, pp. 139-186; Vidales, 2009, p. 1989). Ahora bien, ante la posibilidad de que el órgano jurisdiccional en la sentencia pueda decretar el comiso de los bienes, la medida cautelar de embargo de estos últimos adquiere una importancia esencial, como se pone de manifiesto en la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo del 24

de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

El embargo de bienes aparece así como medida fundamental para garantizar la efectividad del decomiso, debiendo considerarse a tales efectos con total autonomía respecto a la fianza. En el ámbito de la delincuencia organizada, tráfico de drogas o el lavado de activos, el embargo va a dejar de cumplir una función meramente aseguradora del cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito o del pago de las posibles sanciones pecuniarias que pudieran imponerse al condenado, para convertirse en la medida por excelencia para impedir que los bienes desaparezcan, se oculten o transfieran frustrando el futuro decomiso de los mismos.

El Código Penal prevé la posibilidad de incautar las ganancias provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, entendiendo a tales efectos “que provienen de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización [...] cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas” (art. 127.2). También prevé que, de no ser posible el decomiso de los bienes indicados, puede hacerse el decomiso de “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos” (art. 127.3), y le permite al juez acordar el decomiso aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio siempre y cuando el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos; se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido esta (art. 127ter).

El art. 374 CP expresamente limita que los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia puedan ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, estableciendo que serán adjudicados íntegramente al Estado.

El art. 367septies Lecrim, por su parte, autoriza a que el juez o tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, pueda encomendar la localización, conserva-

ción, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación de Activos<sup>9</sup>, llamada a jugar un papel fundamental, si bien tal recuperación no es una labor exenta de dificultades y que exige la articulación de los mecanismos de cooperación internacional en la materia (Gimeno, 2014, pp. 171-180). La Disposición Adicional Quinta del Real Decreto 948/2015, del 23 de octubre, permite que el producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se pueda asignar total o parcialmente de manera definitiva a la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra Unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

Si se vieran afectados bienes pertenecientes a terceras personas<sup>10</sup>, estas podrán intervenir en el proceso penal para evitar su indefensión (sentencia 56 de 20 de enero de 1997), a través de abogado y procurador en la forma prevenida en los arts. 803ter letras a) a u) Lecrim. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 (RJ 6357) afirmaba ya que estos terceros podrán interponer los recursos que consideren convenientes, así como ejercer las acciones civiles correspondientes.

El embargo se rige por lo establecido en la LEC (art. 614 Lecrim), para lo no expresamente previsto en la Lecrim; regulación en dicho artículo claramente insuficiente atendiendo a la trascendencia que esta medida cautelar está llamada a jugar, superada su limitación al aseguramiento de las responsabilidades civiles derivadas del delito y su carácter subsidiario de la fianza.

Deficiente es, también, pese a la Ley 17/2006, del 25 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en los procesos penales, la regulación del tratamiento y destino de los bienes y activos incautados. La Circular 4/2010, del 30 de

---

<sup>9</sup> La Oficina se regula por el Real Decreto 948/2015, del 23 de octubre, atribuyéndole la consideración de Policía Judicial, estando encargada de la investigación del patrimonio, la gestión de los bienes incautados y la cooperación judicial internacional en la materia. V., también la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, del 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito.

<sup>10</sup> El art. 374.3 CP permite utilizar la técnica del levantamiento del velo para evitar utilidades fraudulentas de posibles terceros.

diciembre, ante tales carencias, y partiendo de la Instrucción 6/2007, del 18 de diciembre, establece los criterios a seguir al respecto por los fiscales. Concretamente, se prevé que si lo incautado es dinero en efectivo, se procederá al ingreso en las cuentas judiciales habilitadas al efecto; tratándose de cuentas y depósitos bancarios, deberá dictarse un auto decretando su bloqueo y congelación de los saldos en las entidades en que se encuentren; si son activos, valores y otros instrumentos financieros se debe decretar la prohibición de disponer, comunicándose la misma a la entidad emisora de los títulos y sociedades intermediarias o administradoras, con orden de ingresar en la correspondiente cuenta vinculada los rendimientos o dividendos que genere; los medios de transporte se enajenarán, etc.

### **Aspectos probatorios.**

Tratándose de la condena por un delito de lavado de activos, se exige del juez la convicción sobre dos elementos principalmente, a saber: el origen delictivo de los bienes y el conocimiento sobre el origen ilícito de los mismos.

En esta labor de convicción juegan un papel fundamental los indicios, pues existen importantes dificultades para poder lograr pruebas directas de este tipo de actividad delictiva y así lo han reconocido los autores (Delgado, 2006; Blanco, 2002), algunos instrumentos internacionales como, por ejemplo, el Convenio de Estrasburgo del 8 de noviembre de 1990 (art. 6.2 c) y el Convenio de Viena de 1988 (art. 3.3) e, incluso, el Tribunal Supremo español, cuando afirma que:

En delitos como el blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo se produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988 [sentencia de 10 de enero de 2000 (RJ 433)].

Esto último, porque “la prueba directa será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquella” [sentencia de 10 de enero de 2000 (RJ 433)]<sup>11</sup>. De

<sup>11</sup> En sentido similar: “A ello debe añadirse, como reflexión criminológica y siguiendo siempre a la referida Sentencia núm. 1637/2000 de 10 de enero, que en delitos



hecho, el CP autoriza al juez o tribunal a ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos que refiere en dicho artículo –entre los que se indica expresamente el lavado de activos– cuando resuelva “a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito” (art. 127bis)<sup>12</sup>.

---

como el de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988 ya citada” [sentencia del 18 de diciembre de 2001 (TOL 129220)]. También, las sentencias del Tribunal Supremo del 15 de abril de 1998 (3805); 19 de febrero de 2002 (RJ 3721); 6 de junio de 2002 (RJ 8037); 24 de octubre de 2005 (RJ 8382) y 4 de junio de 2007 (RJ 4743).

<sup>12</sup> Brevemente, recordemos la doctrina sobre los indicios sentada por nuestros tribunales:

- 1º) Cada uno de los indicios de los que se parta debe estar probados por prueba directa y válida, practicada con todas las garantías. En este caso nos encontraremos principalmente, como prueba directa, con la prueba documental, pericial (contable, fiscal o mercantil), las declaraciones de los agentes que practicaron las actuaciones, las actas de la entrada y registro, entre otras.
- 2º) No debe existir un solo indicio, sino que –sin fijar un número concreto– éstos deben ser varios (se habla así de una pluralidad de indicios).
- 3º) Entre los indicios y la presunción que de ellos deriva debe existir un nexo causal.
- 4º) Dicho nexo causal debe ser lógico. Es necesario que el juzgador exponga ese razonamiento lógico que le ha llevado a deducir, del conjunto de indicios existentes en la causa, la existencia del hecho delictivo del blanqueo y la participación en el mismo de los acusados.

Puede verse, por ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo donde afirma: “Y debe recordarse asimismo que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de Casación el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria -STC números 174/85 y 175/85 de 17 de Diciembre, así como las de fecha 1 y 21 de Diciembre de 1988-, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable -SSTS de 22 de Noviembre de 1990, 21 de Mayo de 1992, 18 de Junio de 1993, 5 de Marzo de 1998 y 26 de Octubre de 1999-, entre otras” [sentencia del 18 de diciembre de 2001 (TOL 129220)]. Mucho más detallada la sentencia de 1 de marzo de 2005 (TOL 619675), a la que nos remitimos. También pueden verse las sentencias del Tribunal Constitucional 174 del 17 de diciembre de 1985; 175 del 17 de diciembre de 1985; 219 del 21 de diciembre de 1988 y del Tribunal Supremo del 15 de abril de 1998 (3805) y 7 de diciembre de 1996 (RJ 8925), entre otras.

La jurisprudencia ha ido decantando los indicios que se pueden tomar en consideración y la manera como debe analizarse esta prueba indiciaria. En una primera sentencia se afirma que:

Los indicios más determinantes han de consistir: a) En primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; b) En segundo lugar en la existencia de negocios ilícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; c) En tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas [sentencia de 23 de mayo de 1997 (RJ 4292)].

Posteriormente, se ha precisado los indicios más habituales de los que deducir cada uno de esos tres mencionados antes y ha señalado, entre otros, los siguientes: la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; la vinculación de los autores con actividades delictivas o grupos o personas relacionados con ellas; lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo (por ejemplo, el uso abundante de dinero en metálico); la inexistencia de justificación lícita de ingresos que permiten la realización de esas operaciones; la debilidad de las explicaciones acerca del origen ilícito de esos capitales; la existencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas lícitas acreditadas [sentencias de 18 de septiembre de 1998 (TOL 174994); 1 de marzo de 2005 (TOL 619675); 4 de julio de 2006; 1 de febrero de 2007; 26 de diciembre de 2008 (RJ 3054); 26 de febrero de 2009 (RJ 1347); 26 de octubre de 2009 (RJ 7803); 28 de enero de 2010 (RJ 3009); 19 de noviembre de 2011 (TOL 130086); 26 de junio de 2012 (RJ 9057); 24 de mayo de 2012 (RJ 11344); 26 de junio de 2012 (RJ 9057); 5 de diciembre de 2012 (RJ 217); 6 de marzo de 2013 (RJ 4643); 7 de febrero de 2014 (RJ 1068); 11 de marzo de 2014 (RJ 1902); 20 de marzo de 2014 (RJ 2543)].

Otros indicios que se han tomado en consideración, a modo de ejemplo, son las elevadas cantidades de dinero consecuencia del cambio de divisas en un periodo relativamente breve; la utilización para realizar esas operaciones de una oficina o agencia abiertas por las mismas personas, que a su vez son con quienes efectúan esas operaciones, etc. (sentencia de 22 de julio de 2011).

En concreto, respecto a uno de los elementos fundamentales para apreciar por el órgano jurisdiccional la existencia de incrementos inusitados de patrimonio o de operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias se han señalado los siguientes indicios (Martínez, 2011, p. 33): la utilización de identidades supuestas; la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero; la utilización de testafieros sin disponibilidad económica sobre los bienes; la vinculación con sociedades ficticias, carentes de actividad económica alguna, atendiendo especialmente a si radican en países conocidos como paraísos fiscales; la realización de alteraciones documentales; el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios (el conocido como “pitufeo”); la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido; la simulación de negocios u operaciones comerciales; la percepción de elevadas comisiones por personas intermediarias y cualquiera otras circunstancias concurrentes que sean susceptibles de calificarse como irregulares o atípicas desde una perspectiva mercantil o financiera [sentencias de 17 de enero de 1999; 14 de julio de 2000; 28 de julio de 2001 (RJ 8334); 20 de septiembre de 2005; 4 de junio de 2007 (RJ 4743)].

Debe destacarse también la relación directa que existe entre la prueba y el decomiso de los bienes. El art. 5.7 de la Convención de Viena ya recomendaba una inversión de la carga de la prueba respecto del origen ilícito de los bienes susceptibles de decomiso, siempre que sea compatible con los principios procesales que rigen en los distintos Estados. La actual regulación del comiso en el ordenamiento jurídico español supone la introducción de una inversión en la carga de la prueba, que pone en entredicho la presunción de inocencia. Pese a esto, la Fiscalía General del Estado (2010) afirma que

[...] la incorporación de la presunción legal [...] no afecta en sí misma al derecho a la presunción de inocencia. En realidad se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada [...] opera respecto a personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado (Circular 4, p. 18).

Así se pronuncian, también, el Tribunal Constitucional (sentencias 219 de 3 de julio de 2006 y 220 de 3 de julio de 2003) y el Tribunal Supremo [sentencia de 9 de junio de 2014 (RJ 4223)].

Si bien las consecuencias que para esta garantía fundamental de nuestro proceso penal tiene una medida preventiva como la referida no pueden analizarse en estas páginas, lo cierto es que es una cuestión que no ha pasado desapercibida [Blanco, 2008, p. 69; Gascón, 2007, p. 86; Gascón, 2006, p. 587; Gimeno, 2014, p. 185; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de septiembre de 2008 (TEDH 2008/61, caso Grayson y Barnham vs. Reino Unido y Tribunal Constitucional, sentencias 123/1995 de 18 de julio de 1995 y 169 de 21 de julio de 1998)] y ello se explica en la medida en que, en virtud de esta inversión, es el acusado quien debe demostrar el origen lícito de los bienes o ganancias, que no proceden de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o que estos son “proporcionales” a su actividad profesional<sup>13</sup> y, todo ello, para facilitar que el comiso pueda ampliarse en cuanto a su extensión a los bienes del acusado. La presente reflexión cobra mayor fuerza, cuando, como advierte la Fiscalía General del Estado (2010), “[e]n virtud de esta nueva regulación [...] no será necesaria la prueba de la relación de causa-efecto o, en otras palabras, de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo comiso se decreta” (Circular 4, p. 17).

Ahora bien, lo que no está eximido de prueba es que el sujeto ha realizado o realiza actividades ilícitas en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente.

El legislador español, por lo tanto, establece una presunción *iuris tantum* respecto al origen del patrimonio del acusado que podrá desvirtuarse mediante prueba que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio o que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista.

---

<sup>13</sup> El art. 127 CP, recordemos, que permite entender que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

## **La relevancia de la cooperación judicial internacional**

La Convención de las Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (CDOT, Convención de Palermo) propugnaba ya en el año 2000 como una de las medidas más claras para la prevención del blanqueo a la cooperación judicial internacional, regional, subregional y bilateral; siendo una obligación de los Estados que esto sea una realidad.

Dicha cooperación debe realizarse en las distintas fases del proceso penal para tener realmente éxito y dar así, en el caso de Europa, verdadero cumplimiento a la aspiración del espacio único europeo, también desde la perspectiva penal. Es fundamental, en este sentido, que las diferencias entre los distintos Estados en la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos no lleven a que ciertos Estados puedan convertirse en “paraísos” para el presunto delincuente. Esto es aún más evidente cuando nos encontramos con delitos que, como el blanqueo, pueden precisamente utilizar las fronteras y las diferencias en las legislaciones de los Estados como aliciente para lograr su impunidad. Si las organizaciones delictivas utilizan las fronteras entre los Estados para delinquir más cómodamente, lo mismo debe hacerse por las autoridades.

En el ámbito internacional, encontramos diversas convenciones que incluyen, en mayor o en menor medida, referencias a la cooperación; es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000); la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003) o la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988).

Tratándose de Europa, el Tratado de la Unión Europea expresamente reconoce que en el Espacio Común Europeo de libertad, seguridad y justicia “esté garantizada la prevención y lucha contra la delincuencia” (art. 2). Pretensión que se ha manifestado en diversos instrumentos europeos, particularmente en el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Bruselas, 29 de mayo de 2000), en especial, en su art. 13 donde se establecen los equipos conjuntos de investigación. Ante la tardanza en la entrada en vigor de este Convenio, en el año 2002, se aprobó la Decisión marco del Consejo del 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (2002/465/JAI), que entra en vigor

muy pocos días después, el día 20 de junio. En España, por su parte, se ha dado cumplimiento a estas exigencias europeas con la Ley 11/2003, del 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación en el ámbito de la Unión Europea y la LO 3/2003, del 21 de mayo, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúan en España.

Aun siendo conscientes de la necesidad y los efectos beneficiosos que pueda tener la referida cooperación, existe una clara diferencia entre los casos en que dicho reconocimiento se produce dentro del marco de la Unión Europea (Planchadell, 2015, p. 409) o fuera de él. En este último escenario, la posibilidad de reconocer los efectos de una resolución judicial dictada por un Estado diferente al que debe reconocerla y ejecutarla depende de la existencia de un Convenio bilateral o multilateral en la materia. Por lo demás, la necesidad de un Convenio o Tratado en que se establezca esta forma de cooperación es obvia, ya que el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en otro Estado supone, para ambos Estados, una cesión de su soberanía, de ahí que en cada Convenio se debe establecer la posibilidad de reconocer los efectos de una resolución dictada en otro país y que se consiente la ejecución de la misma.

Partiendo de que dicho reconocimiento y ejecución sea posible, la extensión de dicha posibilidad dependerá del ámbito del Convenio, manifestación clara de la confianza en el sistema judicial que se tengan mutuamente entre los Estados firmantes. Esto implica que la posibilidad de reconocimiento será mayor cuanto más proximidad exista entre los ordenamientos de los Estados.

## Referencias

- Aguado, T. (2013). Embargo preventivo y comiso de los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: Presente y ¿futuro? *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. Recuperado de <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1349>
- Beltrán, A. (2016). Circulación o entrega vigilada de sustancias, materiales u otros bienes ilícitos como método para luchar contra la criminalidad organizada. En Villanueva & Girado (Coords.), *Los actos de investigación contra el crimen organizado: Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*. Lima: Instituto Pacífico; Actualidad Penal.

- Blanco, I. (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur-Menor: Aranzadi.
- Blanco, I. (2008). Comiso ampliado y presunción de inocencia. En L. Puente (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración (Retos contemporáneos de la política criminal)*. Granada: Comares.
- Carrizo, A. (2011). La lucha contra la criminalidad organizada como reto para la justicia penal ante una sociedad globalizada: Análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa. En A. J. Pérez-Cruz & X. Ferreiro (Dir.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho procesal (I Internacional)*. Coruña: Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña. Recuperado de <http://ruc.udc.es/handle/2183/9193>.
- Consejo de la Unión Europea (2001). *Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 182 de 5.7.2001. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001F0500>
- Consejo de la Unión Europea (2002). *Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre equipos conjuntos de investigación*. Diario Oficial de la Unión Europea L162/1 de 20.6.2002. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:162:0001:0003:ES:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2003). *Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*. Diario Oficial de la Unión Europea, L196 de 2.8.2003. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:es:PDF>
- Consejo de la Unión Europea (2005). *Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L68 de 15.3.2005. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:es:PDF>
- Consejo Europeo (1990). Convenio del Consejo Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, em-bargo y decomiso de los productos del delito del 8 de noviembre de 1990- Convenio de Estrasburgo. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/141>
- Consejo Europeo (2005). Convenio del Consejo Europeo relativo al blanqueo, seguimiento, em-bargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo del 16 de mayo de 2005- Convenio de Varsovia. Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196>.

Consejo de la Unión Europea (2006). *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*. Diario Oficial de la Unión Europea, L328 de 24.11.2006. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:es:PDF>

Consejo de la Unión Europea (2007). *Decisión 2007/845/JAI del Consejo de 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 332 de 18.12.2007. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0103:0105:ES:PDF>

Consejo de la Unión Europea (2000). Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. Diario Oficial de la Unión Europea 197 de 12.7.2000. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l33108>

Delgado, D. (2006). *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*. Madrid.

Delgado, J. (2001). *La criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch.

España. Sentencia 137 de 7 de julio de 1988. Tribunal Constitucional.

España. Sentencia 123 de 18 de julio de 1995. Tribunal Constitucional.

España. Sentencia 169 de 21 de julio de 1998. Tribunal Constitucional.

España. Sentencia 220 de 3 de julio de 2003. Tribunal Constitucional.

España. Sentencia 219 de 3 de julio de 2006. Tribunal Constitucional.

España. Sentencia de 9 de octubre de 1987. Tribunal Supremo.

España. Sentencia 56 de 20 de enero de 1997. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 23 de mayo de 1997. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 26 de septiembre de 1997. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 6 de octubre de 1997. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 15 de abril de 1998. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 18 de septiembre de 1998. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 17 de enero de 1999. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 10 de enero de 2000. Tribunal Supremo.

España. Sentencia de 14 de julio de 2000. Tribunal Supremo.



España. Sentencia de 28 de julio de 2001. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 18 de diciembre de 2001. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 6 de junio de 2002. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 29 de julio de 2002. Tribunal Supremo.  
España. Sentencias de 23 de enero de 2003. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 20 de septiembre de 2005. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 24 de octubre de 2005. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 16 de febrero de 2006. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 4 de julio de 2006. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 12 de noviembre de 2006. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 25 de enero de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 1 de febrero de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 20 de marzo de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 1 de junio de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 4 de junio de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 15 de noviembre de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 3 de octubre de 2007. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 25 de septiembre de 2008. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 3 de diciembre de 2008. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 26 de diciembre de 2008. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 6 de febrero de 2009. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 26 de febrero de 2009. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 26 de octubre de 2009. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 28 de enero de 2010. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 8 de abril de 2010. Tribunal Supremo.  
España. Sentencia de 1 de julio de 2010. Tribunal Supremo.

- España. Sentencia de 22 de julio de 2011. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 19 de noviembre de 2011. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 29 de diciembre de 2011. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 24 de mayo de 2012. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 26 de junio de 2012. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 5 de diciembre de 2012. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 6 de marzo de 2013. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 7 de febrero de 2014. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 11 de marzo de 2014. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 20 de marzo de 2014. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 13 de mayo de 2014. Tribunal Supremo.
- España. Sentencia de 9 de junio de 2014. Tribunal Supremo.
- Faraldo, P. (2008). La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 20, 139-186.
- Fiscalía General del Estado. (2010). *Circular 4 del 30 de diciembre de 2010 sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/CIRCULAR%20INVEST%20PATRIMONIAL%20FISCAL.pdf?idFile=be-dd2e84-927c-434b-864a-8bbaef2b301e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%20INVEST%20PATRIMONIAL%20FISCAL.pdf?idFile=be-dd2e84-927c-434b-864a-8bbaef2b301e)
- Fiscalía General del Estado. (2005). *Circular 1 del 31 de marzo de 2005, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte)*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9cab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular1-05.pdf?idFile=9cab261a-b971-4475-9375-f3d8ce555658)
- Fiscalía General del Estado. (2005). *Circular 2 del 31 de marzo de 2005, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/cir02-2005.pdf?idFile=67706915-6c89-465a-a586-8e40782b4e69](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2005.pdf?idFile=67706915-6c89-465a-a586-8e40782b4e69)
- Fiscalía General del Estado (2007). *Instrucción 6 del 18 de diciembre de 2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/ins06-2007.pdf?idFile=f293a700-418e-4237-bb1c-f9be3aacef53d](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins06-2007.pdf?idFile=f293a700-418e-4237-bb1c-f9be3aacef53d)
- Gascón, F. (2001). *Infiltración policial y agente encubierto*. Granada: Comares.

- Gascón, F. (2006). Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba. En *Problemas actuales del proceso iberoamericano. Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Tomo I* (pp. 587-606). Málaga: Diputación de Málaga.
- Gascón, F. (2007). *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex.
- Gimeno, J. (2014). Recuperación de activos y proceso penal: algunas cuestiones relevantes. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2, 169-198.
- Gómez de Liaño. (2004a). *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex.
- Gómez de Liaño. (2004b). Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos. *Diario La Ley* (6142).
- Lafont, L. (2015). El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Diario La Ley* (8580).
- López, J. (1992). El agente encubierto. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1992-2, 1954-1957.
- Martínez de Salinas, L. (2011). Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de blanqueo de capitales. En M. Abel & S. Sánchez, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 31-44). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S., Esparza, I., & Etxeberria, P. (2105). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muerza, J. (2015). *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la justicia penal*. Cizur-Menor: Thomson; Reuters Aranzadi.
- Muñoz, J. (1995). *El agente provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización de las Naciones Unidas. (1988). *Convención contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Recuperado de [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1998). *Declaración política y plan de acción contra el blanqueo de dinero*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/commissions/CN\\_D/Political\\_Declaration/Political\\_Declaration\\_2009/Political-Declaration2009\\_V098496\\_6\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CN_D/Political_Declaration/Political_Declaration_2009/Political-Declaration2009_V098496_6_S.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (2000). *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*. Recuperado de <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *Convención contra la corrupción*. Recuperado de [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

- Planchadell, A. (2015). Aspectos procesales de la prevención y represión del blanqueo de capitales. En C. Vidales (Dir.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Planchadell, A. (2016). El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada. En Villanueva & Girado (Coords.), *Los actos de investigación contra el crimen organizado: Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*. Lima: Instituto Pacífico; Actualidad Penal.
- Rifá, J.M. (1999). Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim. *Revista del Poder Judicial*, 55, 157-188.
- Rifá, J., Lluch, A., & González, R. (2010). *Estudios sobre la prueba penal*. Madrid: La Ley.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 2008/61 del 23 de septiembre de 2008, caso Grayson y Barnham vs. Reino Unido. Recuperado de [http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR\\_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/GRAYSON%20&%20BARNHAM%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20\\_English\\_.pdf](http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/GRAYSON%20&%20BARNHAM%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20_English_.pdf)
- Vidales, C. (2009). El comiso ampliado: consideraciones constitucionales. En M. Carbonell, J. González, E. Orts & M. Cuerda (Comps.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (pp. 1989-2006). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zafra, R. (2010). *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.